

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**A RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL  
OBJETIVA  
POR FATO DE OUTREM**

**CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS MADALENO**

**DOCTORAMENTO EM DIREITO  
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVIS**

2014



**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**A RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL  
OBJETIVA  
POR FATO DE OUTREM**

**CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS MADALENO**

Tese orientada pelo Professor Doutor  
Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, especialmente elaborada para  
a obtenção do grau de doutor em Direito (Ciências Jurídicas)

2014



## RESUMO

O presente estudo tem por a análise da responsabilidade do devedor por facto de outrem. Trata-se de um tema que se insere na responsabilidade obrigacional, incluindo não apenas o incumprimento dos contratos, como também o de qualquer outra obrigação, independentemente da respetiva fonte.

É um estudo de Direito civil, cujo ponto central de análise reside no artigo 800.º do Código Civil Português.

Neste trabalho, é analisado o recurso por parte do devedor a auxiliares de cumprimento e consequente responsabilidade do devedor, perante o credor, pela atuação daqueles. Esta figura é, por sua vez, delimitada em face de outras situações que lhe são especialmente próximas, mas que com ela se não confundem.

Para além disso, é ainda abordada a atuação do representante legal do devedor e suas repercussões em termos de responsabilidade obrigacional.

Um aspeto fundamental reside igualmente na delimitação da responsabilidade do devedor em face da responsabilidade extra-obrigacional por facto de outrem, em especial no que diz respeito aos deveres de proteção da contraparte e, bem assim, aos deveres impostos às partes na fase prévia de celebração dos negócios jurídicos.

É em especial analisada a responsabilidade do empregador por facto de outrem no âmbito dos acidentes de trabalho.

Por fim, é abordada a questão da fundamentação da responsabilidade do devedor por facto de outrem, com base nas diversas teses que a doutrina desenvolve a este respeito.



## ABSTRACT

The present study is the analysis of the debtor's responsibility for the acts of his auxiliaries. It is a theme that fits in the obligatory liability, including not only the breach of contracts, as well as any other obligation, irrespective of their source.

It is a study of civil law, whose central point of analysis is Article 800 of the Portuguese Civil Code.

In this paper, we analyze the resource by the debtor to auxiliaries and consequent liability of the debtor to the creditor, for the performance of those. This figure is in turn bounded in the face of other situations especially close to it, but with which it shall not be confused.

Furthermore, it is still addressed the role of the legal representative of the debtor and its repercussions in terms of obligatory responsibility.

A fundamental aspect also lies in the frontiers of the liability of the debtor in the face of non contractual liability for other's facts, especially in regard to the duties of protection of the counterparty and, also, the duties imposed on the parties in the previous phase of celebration of contracts.

It particularly is also analyzed the liability of the employer for other's facts within the work accidents.

Finally, we discuss whether the grounds for liability of the debtor for other's facts, based on various theories that doctrine develops in this regard.





## **PALAVRAS CHAVE**

Responsabilidade obrigacional

Responsabilidade objetiva

Devedor

Auxiliar

Fato de outrem

Incumprimento

## **KEY WORDS**

Obligatory responsibility

Strict liability

Debtor

Auxiliary

Fact of others

Failure



## ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa  
ABGB – Código Civil Austríaco  
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch  
BGH - Bundesgerichtshof  
cf. / Cf. – conferir / Conferir  
CB 24 - Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimento de Carga de 1924  
CC / CCP – Código Civil Português  
CCE – Código Civil Espanhol  
CCF – Código Civil Francês  
CCI – Código Civil Italiano  
CCom – Código Comercial  
CCS – Código Civil Suíço  
CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas  
CMR – Convenção relativa ao contrato de transporte internacional de mercadorias por estrada  
CPC – Código de Processo Civil  
CPP – Código de Processo Penal  
CSC – Código das Sociedades Comerciais  
CT – Código do Trabalho  
CT 2003 – Código do Trabalho de 2003  
CV 1980 – Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL – VIENA – 1980  
CVM – Código dos Valores Mobiliários  
DCFR – Draft Common Frame of Reference (2009)  
DL – Decreto-Lei  
ETT – Empresa de trabalho temporário  
EU – Empresa de utilização de trabalho temporário

*HaftpflG* – Lei da Responsabilidade (Alemanha)  
HGB – Código Comercial Alemão / Handelsgezetzbuch  
LAT – Lei dos Acidentes de Trabalho  
LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais  
LDC – Lei de Defesa do Consumidor  
n.r. – nota de rodapé / nota  
OIT – Organização Internacional do Trabalho  
p. / pp. – página / páginas  
PDERP – Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil  
*ProdHaftG* – Lei da Responsabilidade do Produtor  
RGEU – Regulamento Geral das Edificações Urbanas  
RG - Reichgericht  
RGIC - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras  
STA – Supremo Tribunal Administrativo  
STE – Supremo Tribunal Espanhol  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça  
TC – Tribunal Constitucional  
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia  
VVG – Versicherungsvertrag  
ZPO – Zivilprozessordnung

# PLANO

## INTRODUÇÃO

### I – APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ENQUADRAMENTO NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

#### A – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

##### Introdução

##### DIREITO ROMANO

Época arcaica ou pré-clássica

Época clássica

Época pós-clássica

Época justiniana

##### DIREITO INTERMÉDIO

Legislação visigótica

Escola dos glosadores

Escola dos pós-glosadores

#### EVOLUÇÃO SUBSEQUENTE

##### JUSRACIONALISMO

##### CODIFICAÇÃO

### A PANDECTÍSTICA E A SUA INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO DEVEDOR POR FATO DE OUTREM 151

## EM ESPECIAL: A EVOLUÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

Pré-codificação

Enquadramento constitucional

Código de seabra de 1867

## DIREITO COMPARADO

Introdução

## DIREITO ALEMÃO

Introdução

Traços gerais: o BGB

O § 31 BGB

O § 831 BGB

O regime de incumprimento da obrigação e o § 278 BGB

§ 85 do ZPO

Lei da Responsabilidade

Direito comercial alemão

## DIREITO AUSTRIACO

## DIREITO ITALIANO

A Constituição Italiana

O artigo 1153.º do *Codice* de 1865

Os artigos 1228.º e 1229.º do *Codice Civile* de 1942

Os artigos 2047.º a 2049.º do *Codice* de 1942

O *Codice della Navigazione*

## DIREITO SUÍÇO

Generalidades

O artigo 101.º do Código das Obrigações Suíço

## DIREITO FRANCÊS

Direito antigo

O artigo 1384.º do Code Civil

A responsabilidade por fato de outrem no âmbito obrigacional

Código Comercial Francês

## DIREITO ESPANHOL

Generalidades

Responsabilidade delitual

Responsabilidade obrigacional

## DIREITO ANGLO-SAXÓNICO

Generalidades

Responsabilidade extracontratual

Responsabilidade obrigacional

## II - O ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL DO DEVEDOR POR FATO DE OUTREM NO DIREITO PORTUGUÊS

### A - CARACTERIZAÇÃO

Configuração do regime

## DELIMITAÇÃO NEGATIVA

Impossibilidade da prestação por fato não imputável ao devedor

O caso da greve

Enquadramento no Direito europeu

Assunção, pelo devedor, da responsabilidade pelo fato de outrem

Recurso ilícito à ação de terceiros

Responsabilidade da pessoa coletiva por atos dos seus órgãos

Responsabilidade do devedor por culpa *in eligendo*, por culpa *in instruendo* e por culpa *in vigilando*

Atuação lícita de terceiros no âmbito de uma obrigação fungível

Danos decorrentes de máquinas ou coisas sob o controlo do devedor

Incumprimento da regra contratual relativa à escolha do auxiliar

Promessa de fato de terceiro

Convenção de assunção de responsabilidade por fatos não culposos do auxiliar

Responsabilidade do produtor

Terceiro por indicação ou no interesse do credor

Pluralidade de devedores

Contrato a favor de terceiro

Determinação da prestação por terceiro

Realização da prestação a terceiro

Indemnização devida a terceiros

Responsabilidade *del credere*

Sub-rogação

Consequências da mora do devedor

Substituição (jurídica) do devedor

Contratos que proporcionam o gozo de uma coisa alheia

Resolução do contrato de locação com fundamento em justa causa objetiva

Regime de responsabilidade do comodatário

Transmissão do direito de usufruto

Responsabilidade do Estado

Imputação delitual pelo risco



Outros casos

## B - ANÁLISE DO ARTIGO 800.º DO CÓDIGO CIVIL

### INTRODUÇÃO

Primeiro pressuposto: existência de uma obrigação, independentemente da respetiva fonte

### TERCEIROS POR CUJOS ATOS O DEVEDOR RESPONDE

Conceito de representante legal

Generalidades

Direito atual

Conceito de auxiliar

Requisitos

Delimitação face aos substitutos do devedor?

Desnecessidade de uma relação de dependência

Irrelevância da possibilidade de escolha, de instrução e de controlo

Casos concretos: auxiliares e não auxiliares

Responsabilidade do devedor pelos atos do auxiliar do auxiliar

Terceiros expressamente previstos na lei

### ATOS PRATICADOS NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

O fato ilícito: violação de qualquer dever obrigacional

Atos praticados por ocasião do cumprimento da obrigação; diferenciação face à inobservância de instruções do devedor e atos dolosos

### FATO IMPUTÁVEL AO REPRESENTANTE LEGAL OU AO AUXILIAR?

O devedor responde como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor

### CULPA DO LESADO

### CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR

## C -REGIME OBRIGACIONAL E REGIME EXTRA-OBRIGACIONAL DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO

A bipolarização da responsabilidade por fato de outrem no Código Civil de 1966? Análise comparativa face ao regime jurídico instituído pelo artigo 500.º

Pontos de aproximação. O problema da culpa *in contrahendo*

## D - FUNDAMENTAÇÃO

Teorias em torno da responsabilidade objetiva do devedor por fato de terceiro

### CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO

A génese da responsabilidade objetiva

O sistema assente na prova da culpa do agente. A atuação culposa como fundamento regra de imputação nos Direitos Continentais

O sistema assente na imputação ao agente baseada em fatores de ordem objetiva

A responsabilidade por fato de terceiro: opção e/ou cumulação entre um sistema de responsabilidade subjetiva e um sistema de responsabilidade objetiva

ANÁLISE DA TÉCNICA LEGAL: RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU RESPONSABILIDADE POR FICÇÃO LEGAL?

## EM ESPECIAL: RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Introdução

Prevenção de acidentes de trabalho

Generalidades

Os acidentes de trabalho

Primeira aproximação ao tema; evolução legislativa

Enquadramento jurídico atual

Pessoas por cuja atuação o empregador responde

Acidente provocado pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra

Acidente resultante da falta de observação, pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra, de regras sobre segurança e saúde no trabalho

Natureza jurídica

Outros casos de responsabilidade

## CONCLUSÕES

## BIBLIOGRAFIA

## ÍNDICE



## INTRODUÇÃO

*Qui facit per alium facit per se*

1.

A contrata B para este proceder à pintura da sua casa. B realiza os trabalhos com a colaboração de C, seu trabalhador. Durante a pintura, por descuido de C:

- a) As paredes são danificadas;
- b) Um espelho que se encontrava na casa de A é quebrado, por negligência de C, quando este deslocava um escadote;
- c) C furta a carteira de A;
- d) C agride A.

2.

D contrata E para que este realize a tradução de um documento. E, por sua vez, subcontrata F, que o faz deficientemente.

3.

F celebra com o hospital H um contrato pelo qual este se obriga a realizar uma intervenção cirúrgica estética na pessoa de F. É designado o médico I, de reconhecida competência e experiência. Durante a operação, I sofre um ataque de epilepsia, situação que não era de todo previsível. Em consequência disso, F fica com danos na sua face.

I. Os casos anteriores são exemplos de alguns dos problemas que nos propomos investigar neste trabalho. Em causa, está a matéria da responsabilidade obrigacional do devedor por fato de outrem. Trata-se de um tema que se insere no seio da responsabilidade civil<sup>1 2 3 4</sup>, tocando em dois dos seus aspetos mais problemáticos: por um lado, a responsabilidade objetiva<sup>5</sup>, isto é, independente da culpa e até da prática de um fato ilícito pelo agente; por outro, a responsabilidade por fato de outrem<sup>6</sup>, ou seja, de um terceiro inserido no contexto relacional obrigacional<sup>7</sup>. Enquadra-se ainda na matéria do incumprimento das obrigações.

---

<sup>1</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, Coimbra, Coimbra editora, 1937, p. 346, assinala que é provável que a palavra *responsabilidade civil* provenha do latim *re-spondere*, “que significa garantir ou convencionar o retorno ou ressarcimento do que o lesado perdeu. Ressarcir é o termo clássico, como se vê no «*rupitias sarcito*» da Lei das XII Tábuas dos Romanos”.

<sup>2</sup> Acerca da imputação de danos, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 979 e seguintes, salientando-se, na p. 983, os diferentes *títulos de imputação*, nomeadamente por fato ilícito ou por incumprimento, pelo risco e por fato lícito ou pelo sacrifício. Cf. também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, 11.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 46 e seguintes.

<sup>3</sup> Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, LEX, 1997, p. 399, “A responsabilidade civil é uma disciplina jurídica autónoma”, tendo “vindo a promover uma dogmática que se vem distanciando, com uma clareza perceptível, do Direito das obrigações”.

<sup>4</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo III – O Fato Jurídico na Relação Obrigacional, pelo Aluno Orlando Courrège, Lisboa, 1943, pp. 115 e 116, refere que por responsabilidade se pode entender um sentido muito amplo, significando que há uma pessoa da qual outra pode exigir responsabilidade; ou em sentido estrito, que é a situação em que se coloca o autor de um fato ilícito.

<sup>5</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo III – O Fato Jurídico na Relação Obrigacional, ob. cit., pp. 124 e seguintes, assinala que, seja subjetiva ou objetiva, é sempre necessário a verificação de um “nexo entre o fato violador e uma pessoa”: tratando-se de responsabilidade subjetiva, trata-se de “um nexo moral entre o acto violador e certa pessoa”; se se tratar de responsabilidade objetiva, “contentamo-nos com um nexo material, mas o nexo material ou moral, ha-de haver sempre”.

<sup>6</sup> Como refere JORGE GIORGI, *Teoria de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen IX, Madrid, Editorial Reus, 1930, p. 266, a responsabilidade indireta é aquela em que o agente responde por ações ou omissões de pessoas pelas quais deva responder.

<sup>7</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 19, refere que se trata da responsabilidade “en que un sujeto responde (civilmente: indemnizándolos) de los daños causados por un sujeto distinto”, havendo assim uma dissociação entre o sujeito responsável e o sujeito causador do dano.

II. Uma primeira limitação consiste na delimitação da nossa análise ao Direito civil. A nossa atenção irá centrar-se no artigo 800.º do Código Civil, nos termos do qual *o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor*.

São muitas as dúvidas que a norma suscita. Elencamos de seguida apenas algumas delas:

- a) Que pessoas ou entidades podem ser caracterizadas como *representante legal* e como *auxiliar de cumprimento* do devedor?
- b) Como diferenciar entre auxiliar e substituto? Terá esta diferenciação relevância para a aplicação do preceito?
- c) É necessário que o representante legal ou o auxiliar pratiquem um fato ilícito e culposos?
- d) É necessário que o representante legal ou o auxiliar sejam imputáveis?
- e) O devedor responde por quaisquer danos, ou apenas pelos causados pelo representante legal ou pelo auxiliar *no cumprimento* da obrigação, com exclusão daqueles outros que a doutrina aponta como serem apenas *ocasionados* por esse cumprimento?
- f) O artigo 800.º é aplicável em caso de violação de deveres de proteção da contraparte?
- g) O artigo 800.º e o artigo 500.º do CC traduzem manifestações do mesmo princípio?

São vários os problemas a que iremos tentar dar resposta. Esta análise será por isso essencialmente um estudo Direito civil, ainda que, em muitos pontos seja importante trazer à colação matérias de Direito comercial, Direito bancário, Consumo, Transportes e Direito Laboral. Essas ligações são inevitáveis para uma leitura completa e correta do regime contemplado no artigo 800.º do CC.

III. Apesar da delimitação que desde já se adiantou, assinalamos que será dada uma atenção especial à responsabilidade do empregador por fato de outrem. A razão de ser deste destaque residiu na constatação de que este é um tema da maior importância, devido, por um lado, à relevância que o contrato de trabalho assume na forma de prestação de atividade, e, por outro, à matéria dos acidentes de trabalho e suas consequências para os lesados. Reconhecemos, não obstante, que a autonomização deste problema num estudo de Direito civil pode ser criticável. No entanto, a análise de formas de responsabilidade por fato de outrem noutros domínios, como é o caso do artigo 18.º, n.º 1, da LAT, com diferentes técnicas e aplicações práticas, permite também conhecer e interpretar melhor o dispositivo central do nosso estudo.

IV. O lema segundo o qual quem faz para outro, faz como se fosse para si mesmo não é universal. Desde longa data que é possível e frequente recorrer a terceiros a fim de realizar certas atividades, ou para obter auxílio na realização dessas mesmas atividades. A colaboração de terceiros pode assumir diferentes vestes:

- a) Pode ser uma colaboração meramente *material*: A recorre a B para que este colabore na realização de parte da prestação a que se encontra vinculado, como é o caso do advogado, que emprega a secretária ou o funcionário de serviço externo, para o auxiliar nas tarefas de advocacia;
- b) Pode tratar-se de uma intervenção a nível *jurídico*: C solicita a D que o represente na celebração de um determinado negócio jurídico;
- c) Pode estar em causa uma intervenção *obrigatória*, imposta por lei: p.ex., E e F celebram um contrato de compra e venda de um bem imóvel por escritura pública, com recurso à intervenção de um notário;
- d) Pode uma pessoa recorrer a outra para que ela a *substitua* totalmente na prática de certa atividade: G contrata H para que este traduza o documento que G se obrigou perante I a traduzir.



Estes casos são apenas exemplos. Há uma multiplicidade de situações em que uma pessoa pode recorrer a outra, tanto para o exercício de um direito, como para o cumprimento de uma obrigação, como ainda para a incumbência de uma certa tarefa relacionada com tal cumprimento.

Um dos problemas que iremos tratar consiste assim, precisamente, na delimitação destas figuras, por forma a identificar os casos que integram a previsão do art. 800.º/1 do CC.

V. Como refere Galvão Telles, é a valorização da pessoa humana que a leva a considerá-la capaz de se obrigar, pelo que se pode caracterizar a obrigação como o expoente da liberdade<sup>8</sup>, e, dentro deste, o contrato destaca-se como o principal exemplo dessa manifestação.

Através do contrato, ou, de um modo mais amplo, do negócio jurídico, o homem assume perante outrem e no interesse deste, o dever de realizar uma determinada prestação<sup>9</sup>. O credor, por seu turno, vê na sua esfera jurídica

---

<sup>8</sup> CF. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 1997, p. 58 e, do mesmo Autor, *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1957, p. 75, onde salienta que o contrato *é a lei das partes*, com referência ao disposto no artigo 1134.º do *Code Civil*.

<sup>9</sup> Sobre a responsabilidade obrigacional, cf., por todos: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 103 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 167 e seguintes; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 41 e seguintes; PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, O Objecto da Relação Obrigacional, pelo Aluno Orlando Courrège, Lisboa, 1943, pp. 227 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 132 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 60 e seguintes; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 128 e seguintes; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume X, 1954, pp. 161 e seguintes; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 402 e seguintes; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 101 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, com a colaboração de António Alberto Vieira Cura, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 30 e seguintes e pp. 100 e seguintes, e, em especial sobre o não cumprimento, as pp. 307 e seguintes. Cf. ainda, do mesmo Autor, *Introdução ao estudo do Direito e elementos de Direito civil*, Coimbra, 1967, pp. 22 e seguintes e, sobre o não cumprimento, pp. 179 e seguintes; MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1944, pp. 3 e seguintes.

constituído o direito de exigir a realização da prestação, em conformidade com esse seu interesse. A obrigação, tal como a definia Paulo, Cunha, é “um vínculo jurídico, de carácter patrimonial e autónomo, por virtude do qual uma ou mais pessoas estão adstritas para com outra ou outras a uma prestação”<sup>10</sup>.

No entanto, o âmbito do nosso estudo não se limita às obrigações de fonte negocial. O Código Civil admite a constituição de obrigações através de contrato e negócio jurídico unilateral, mas também de gestão de negócios, enriquecimento sem causa e da própria lei<sup>11</sup>. Por sua vez, o artigo 800.º do CC é aplicável à responsabilidade obrigacional, e não apenas à responsabilidade contratual<sup>12</sup>.

VI. A responsabilidade civil, de um modo geral, consiste na imposição da lei, àquele que causa prejuízo a outrem, do dever de colocar o lesado na situação em que estaria sem a lesão<sup>13</sup>.

---

FERNANDO NORONHA, *Direito das Obrigações*, 4.ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013, pp. 151 e seguintes. Sobre o contrato, cf. também: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 5 e seguintes; ENZO ROPPO, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 73 e seguintes; M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, Setima edição aperfeiçoada, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1907, pp. 73 e seguintes e ainda as pp. 89 e seguintes; ROBERTO DE RUGGIERO *Instituições de Direito Civil*, Volume III – Direito das Obrigações. Direitos Hereditário, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1937, pp. 7 e seguintes e pp. 100 e seguintes; MARIO ALLARA, *Delle obbligazioni*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1939, pp. 43 e seguintes.

<sup>10</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, *Direito das Obrigações*, Tomo I – Introdução. Cap. I: Os Sujeitos, pelos Alunos Maria Luísa Coelho Bártholo e Joaquim Marques Martinho, Lisboa, Raul G. Marques, 1937-1938, p. 19.

<sup>11</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 57 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 103 e seguintes. Do mesmo Autor, cf. ainda: *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio Jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 77 e seguintes; *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 23 e seguintes, pp. 137 e seguintes e pp. 285 e seguintes; *Tratado de Direito Civil Português*, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 171 e seguintes e pp. 673 e seguintes. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 159 e seguintes; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 52 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 203 e seguintes.

<sup>12</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 58.

<sup>13</sup> É a ideia de *ubi commodum, ibi incommodum*, referida também por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 134. Contudo, este Autor não refere o artigo 800.º

Em princípio, no Direito português, a responsabilidade civil exige a culpa do agente: como resulta do n.º 2 do artigo 483.º, a responsabilidade sem culpa é excecional<sup>14</sup>. Dentro destas exceções, contam-se a responsabilidade pelo risco, em que uma pessoa tira partido de determinada atividade que potencia riscos para terceiros e a responsabilidade pelo sacrifício<sup>15</sup>.

O primeiro caso – responsabilidade pelo risco – é o que, tradicionalmente, enquadra a matéria que nos propomos estudar: frequentemente, afirma-se que o devedor responde pelas pessoas que utiliza no seu interesse, uma vez que é ele quem beneficia com a sua atividade, a qual, por seu turno, cria riscos para terceiros<sup>16</sup>. Este é um dos aspetos que teremos igualmente de abordar: será efetivamente o risco o fundamento do artigo 800.º do CC?

VII. O primeiro ponto que será analisado é a evolução histórica da responsabilidade, com destaque para a responsabilidade obrigacional, e, dentro desta, a figura da custódia e sua importância no Direito romano.

---

do CC como um dos casos de responsabilidade pelo risco consagrados na ordem jurídica portuguesa (p. 135).

<sup>14</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 253; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 132 e 133, onde faz uma ligação entre o princípio da culpa e o conceito de *responsabilidade moral*. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 62 e bem assim, novamente, p. 98. Assim também GIACOMO VENEZIAN, *Opere Giuridiche di Giacomo Venezian*, Volume Primo – Studi sulle obbligazioni, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 75 e seguintes. Não obstante, alguns autores defendem que, em face da proliferação de imputações objetivas, esta deixou de constituir exceção. Neste sentido, cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 73.

<sup>15</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 57 e 58; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 405 e seguintes, pp. 137 e seguintes e pp. 285 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 255 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 523 e seguintes.

<sup>16</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 132.

A possibilidade de uma pessoa responder pelos atos de outra remonta a longa data<sup>17</sup>. Porém, em tempos remotos era o grupo que era chamado a responder pelos atos de um dos seus membros, uma vez que então ainda não estava individualizada a pessoa como sujeito de direitos e de obrigações. Não é essa a perspectiva que hoje temos de responsabilidade por fato de outrem, em que alguém é chamado a responder pelos atos e omissões de certa pessoa, em virtude de uma especial relação entre ambas existente.

Originariamente, seria um quase delito a situação em que alguém era chamado a responder por um *fato alheio*, causado por uma pessoa que se encontrasse na sua dependência ou lhe estivesse subordinada, podendo ainda abranger danos causados por um animal ou uma coisa<sup>18</sup>. Por outro lado, casos havia em que o devedor respondia efetivamente pelo incumprimento do contrato devido a fatos de terceiros, de que constitui exemplo central a figura do *receptum*. As ligações entre estes casos e o princípio da culpa, que conheceu o seu desenvolvimento na época justiniana, serão igualmente um aspeto importante para o nosso estudo.

Assim, se a responsabilidade indireta<sup>19</sup> pode assumir uma origem antiga, o certo é que a História demonstrou que há um lugar próprio para esta imputação no tempo atual, que se desenvolveu significativamente em relação aos tempos mais remotos. Destarte, verifica-se a responsabilidade indireta quando uma pessoa é chamada a responder pelos atos ou omissões de outra, com a qual se encontra ligada por alguma especial relação<sup>20</sup>.

VIII. O ponto seguinte que irá receber a nossa atenção será a análise do Direito comparado. As experiências em ordenamentos jurídicos próximos do

---

<sup>17</sup> Inicialmente, entendia-se tal situação como um *quasi delicto*, como refere ROBERTO DE RUGGIERO *Instituições de Direito Civil*, Volume III – Direito das Obrigações. Direitos Hereditário, ob. cit., p. 416.

<sup>18</sup> ROBERTO DE RUGGIERO *Instituições de Direito Civil*, Volume III – Direito das Obrigações. Direitos Hereditário, ob. cit., p. 417, sublinhando que, segundo alguns autores, o quase delito estaria reservado para os danos de causa não humana.

<sup>19</sup> GIACOMO VENEZIAN, *Opere Giuridiche di Giacomo Venezian*, Volume Primo – Studi sulle obbligazioni, ob. cit., pp. 541 e seguintes.

<sup>20</sup> EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Jose M.<sup>a</sup> Bosch, 1958, p. 223.

português, sendo que muitas delas inspiraram a atual redação do artigo 800.º do CC, mostra-se de relevância nuclear para uma correta compreensão do modelo contemplado neste preceito.

Dentro deste capítulo, será dada especial relevância ao Direito alemão e ao Direito italiano. A razão de ser é, naturalmente, a circunstância de o artigo 800.º CC ir buscar grande parte da sua inspiração àqueles dispositivos<sup>21</sup>. A evolução do sistema de responsabilidade civil na Alemanha e em Itália e a comparação entre os regimes a nível delitual e obrigacional são aspetos centrais da nossa investigação e contribuem, de forma decisiva, para a boa compreensão e aplicação do art. 800.º CC. Naturalmente, porém, que será igualmente dada atenção ao ordenamento jurídico espanhol, francês e suíço, bem como ao regime anglo-saxónico.

IX. Feita a parte preparatória da nossa investigação, ou seja, uma vez concretizada a análise da evolução história e o Direito comparado, iremos centrar as nossas atenções no artigo 800.º do CC.

Trata-se de uma norma inserida no âmbito da responsabilidade obrigacional, inerente às consequências do incumprimento pelo devedor da realização da prestação a que se encontra vinculado.

Como é sabido, a obrigação impõe ao devedor o dever de realizar uma determinada prestação, por forma a satisfazer um interesse do credor digno de tutela legal (assim, artigos 397.º e 398.º do CC). O devedor encontra-se numa situação jurídica passiva, estando obrigado a realizar a prestação. Não obstante, a lei não deixa de prever as consequências para o *eventual* incumprimento. A responsabilidade pelo incumprimento é apenas uma compensação pela não realização da prestação primeira, a única que seria efetivamente apta à satisfação integral do interesse do credor. Será assim mesmo que a prestação de substituição apresente o mesmo conteúdo que a prestação substituída, *maxime*,

---

<sup>21</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 55; ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 72, Janeiro / 1958, pp. 259 e seguintes.

nas prestações pecuniárias, uma vez que, quanto mais não seja, o credor teve de aguardar para além do tempo inicialmente aprazado, pela obtenção da prestação substitutiva.

X. A responsabilidade em causa é assim a responsabilidade obrigacional<sup>22 23</sup>, ou, como é mais conhecida, a responsabilidade contratual, que se caracteriza pelo incumprimento de uma obrigação previamente estabelecida<sup>24 25</sup>, por contraste com a responsabilidade delitual, em que tal obrigação prévia inexistia<sup>26</sup>. Todavia, como veremos, a responsabilidade obrigacional *subjetiva* deverá ainda assim obedecer a todos os elementos da

---

<sup>22</sup> Trata-se, como é conhecida no Direito alemão, do Direito da perturbação das prestações, que originou a reforma do BGB de 2001/2002 (*Recht der Leistungsstörungen*). Para António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., p. 112, seria preferível a expressão “perturbação da relação obrigacional”, de modo a excluir a violação de meros deveres de proteção e outros deveres acessórios. Cf. ainda LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 239 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 297 e seguintes; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *A natureza do direito de indemnização cumulável com o direito de resolução dos artigos 801.º e 802.º do Código Civil*, em Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria. In *Memoriam. Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Coordenação de Maria Paula Ribeiro de Faria e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Porto, Porto editorial, 2009, pp. 25 e seguintes; J. BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1979, pp. 3 e seguintes. Sobre a lei aplicável às obrigações, cf. ainda LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução*, em *Estudos de Direito Internacional Privado*, Volume II – Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 401 e seguintes.

<sup>23</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 297 e seguintes e, em especial, as pp. 306 e seguintes e, do mesmo Autor, *Da cessação do contrato*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 66 e seguintes e pp. 125 e seguintes.

<sup>24</sup> No entanto, com FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, Madrid : Dykinson, 2003, p. 116, é de reconhecer que incumprimento e responsabilidade são conceitos diferentes, pelo que, sempre que a inexecução da prestação seja devida a uma causa estranha ao próprio devedor, não se poderá então falar em responsabilidade.

<sup>25</sup> Tratando-se de obrigação sinalagmática, o credor pode igualmente invocar a exceção de não cumprimento, nos termos do art. 428.º do CC. Sobre este tema, cf. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho. Ensaio*, Lisboa, Edições Cosmos, 1995, em especial as pp. 74 e seguintes e 120 e seguintes e o nosso *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 78 e seguintes.

<sup>26</sup> Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, ob. cit., p. 169.

responsabilidade civil<sup>27 28</sup>: ato ou omissão voluntário; ilicitude; culpa; dano; nexo de causalidade.

A prática de um ato, por ação ou omissão, deverá traduzir a correspondente ilicitude, decorrente neste caso da não satisfação do direito do credor. O ato deverá ainda ser culposo, o que se presume pelo artigo 799.º/1 do CC<sup>29 30</sup>. O credor encontra-se assim dispensado da prova da culpa do devedor, sendo, não obstante, um caso de responsabilidade subjetiva<sup>31</sup> e podendo o devedor elidir a presunção mediante a prova de que a não realização da prestação se deveu a fato fortuito ou de força maior.

---

<sup>27</sup> N. NICOLAI, *Responsabilità*, em *Il Digesto Italiano, Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Volume XX, Parte Prima, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1911-1915, p. 1298. Em especial sobre a responsabilidade civil, cf. A. GRASSI, *Responsabilità Civile*, em *Il Digesto Italiano, Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Volume XX, Parte Prima, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1911-1915, pp. 1347-1351. Cf. também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 256 e seguintes.

<sup>28</sup> Acerca da tutela do crédito na Constituição, cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpressão da 1.ª edição do Tomo II da Parte II de 2010), pp. 179 e seguintes. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Jurisprudência constitucional portuguesa sobre propriedade privada*, em AAVV, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, Coimbra editora, 2009, em especial as pp. 401 e seguintes; Do mesmo Autor, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I – Introdução. As Pessoas. Os bens, Lisboa, 1996, pp. 16 e seguintes; PAULO OTERO, *Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional*, em , pp. 37 e seguintes e, do mesmo Autor, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I Vol. (2.º Tomo), Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999, pp. 339 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Constituição patrimonial privada*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, Volume III, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, em especial as pp. 370 e seguintes e as pp. 392 e seguintes. Sobre a articulação entre o art. 61.º CRP e outros direitos constitucionalmente consagrados, cf. também PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Trabalho e Direitos Fundamentais: compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 241 e seguintes. Cf. ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 620/04 (Relator Juiz Conselheiro Gil Galvão), disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>29</sup> Assim, A. GRASSI, *Responsabilità Civile*, ob. cit., p. 1348: “La diligenza nell’adempimento dell’obbligazione è concetto inseparabile nella valutazione della responsabilità.”, pelo que “non può alcuno sottrarsi alle conseguenze dell’inadempimento, se non quando provi di aver usato quel grado di diligenza che dal contratto era richiesto, di essere cioè esente da colpa, sia perché l’inadempimento derivi da causa a lui non imputabile, sia perché dipenda da caso fortuito o da forza maggiore”.

<sup>30</sup> Sobre a possibilidade de exigir indemnização ao devedor, em caso de desconhecimento da obrigação, em articulação com a presunção do artigo 799.º do CC, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Desconhecimento da obrigação e indemnização pelo não cumprimento*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XIX, Janeiro-Dezembro, N.ºs 1-2-3-4, Coimbra, 1974, pp. 1 e seguintes.

<sup>31</sup> Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, p. 178. Cf. ainda, sobre o art. 799.º CC, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 100 e seguintes.

No caso da responsabilidade obrigacional, o dano resulta da não realização da prestação, devendo ainda existir nexo de causalidade entre tal ato e dano. Esta pode assumir uma de três feições: mora; cumprimento defeituoso; incumprimento definitivo<sup>32</sup>.

XI. Ao contrário da responsabilidade delitual, em que a prática do acto ilícito pode assumir múltiplas formas, na responsabilidade obrigacional o acto ilícito traduz-se sempre na não realização da prestação devida<sup>33</sup>, ainda que possa configurar uma situação de mora ou atraso na realização da prestação, incumprimento definitivo ou cumprimento defeituoso.

Segundo Menezes Cordeiro, o não cumprimento apenas se reconduz à não realização da prestação quando esta seja, efectivamente, *devida*, excluindo assim as situações em que tal já não se verifique, por hipótese devido à transmissão da obrigação ou à sua extinção por meio diverso do cumprimento<sup>34</sup>.

Na realidade, ao referir a não realização da prestação *devida*, estamos desde logo a delimitar o incumprimento de todas as demais situações em que,

---

<sup>32</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 259 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 119 e seguintes; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 52 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 60 e seguintes. Cf. também JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, Paris, PUF - Quadriga, 2004, p. 2185, refere que a obrigação de indemnizar o credor é construída como “*une responsabilité, une obligation de réparer le dommage causé à autrui*”.

<sup>33</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 105, refere, a este propósito, que o inadimplemento se verifica “*sempre que o devedor não realize, de acordo com as regras aplicáveis, a prestação devida*”. Distingue, de seguida, entre o incumprimento *strictu sensu*, relativo à não execução da prestação principal, e o incumprimento *lato sensu*, relativo à inobservância de quaisquer elementos atinentes à prestação do devedor ou do próprio credor, que reconduz aos deveres acessórios. O Autor salienta, contudo, a p. 105, que esta é apenas uma *noção descritiva*, impondo-se a determinação de uma *noção normativa*.

<sup>34</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 105. Trata-se, como refere o Autor, da situação em que a não realização da prestação corresponde à violação de uma norma especialmente dirigida ao devedor e que lhe impunha o dever de prestar.



por algum motivo, tal dever deixou de se verificar. Por outro lado, também nos parece que não se poderá limitar o incumprimento à *não realização* propriamente dita, porquanto nalguns casos a realização da prestação poderá, também ela, consistir num incumprimento. Referimo-nos, como se vê, ao cumprimento defeituoso e à realização tardia da prestação<sup>35</sup>.

XII. Não se pode falar em incumprimento quando, sendo a prestação possível, o cumprimento se não verifica devido a acto de terceiro, do próprio credor ou por qualquer outro fato não voluntário<sup>36</sup>.

Tal como Pessoa Jorge destaca, o Código Civil classifica o incumprimento em razão da respetiva causa, designando três categorias: fato imputável ao devedor, fato imputável ao credor e caso fortuito ou de força maior<sup>37</sup>. Por isso, um dos aspetos sobre os quais teremos de nos debruçar consiste na delimitação da aplicação do art. 800.º do CC em relação as estas outras situações, dele afins.

XIII. Nas palavras de António Menezes Cordeiro, o cumprimento retardado traduz a situação em que, *no momento da prestação, esta não seja efectuada*, subsistindo no entanto a obrigação enquanto tal<sup>38</sup>. Para esta

---

<sup>35</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 106, utiliza aquela delimitação para considerar excluídas do conceito de incumprimento duas situações, nomeadamente: (i) a existência de uma causa de extinção da obrigação; (ii) a não realização da prestação por terceiro, invocando que, embora este possa cumprir, não estará obrigado a fazê-lo. Parece-nos porém que em relação à primeira situação, como referido no texto, a mesma se encontra já abrangida pela referência à não realização da prestação *devida*. No que concerne já à segunda situação, tratando-se de responsabilidade obrigacional, o agente apenas poderá ser o próprio devedor e pelos seus actos, porquanto a responsabilidade pelo acto de terceiro – assumindo que este não é um terceiro especialmente ligado ao devedor – não se verifica, pelo menos por via de regra.

<sup>36</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 107, reconduzindo os três casos à impossibilidade de prestar.

<sup>37</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 27.

<sup>38</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 119. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 241 e seguintes.

subsistência será fundamental a manutenção do interesse do credor, objetivamente perspectivado, conforme resulta da aplicação conjugada dos artigos 792.º, n.º 2 e 808.º, n.º 1, do CC.

Para que de responsabilidade do devedor se possa falar, será necessário que o atraso configure um ato ilícito<sup>39</sup>.

É importante referir que, estando o devedor em mora, o artigo 807.º faz correr por sua conta o risco da impossibilidade superveniente da prestação, o que corresponde à figura da *perpetuatio obligationis*. Assim, o devedor responde, a título de risco e por conseguinte independentemente da sua culpa, pelos danos causados por terceiro e pelos danos fortuitos. Esta responsabilidade – que inclui também os fatos de terceiros – não se confunde com a que resulta do artigo 800.º, na medida em que, por um lado, se está diante de uma situação de risco, e, por outro, trata-se de terceiro não auxiliar do devedor. No entanto, este é também um dos aspetos que merecerá a nossa atenção nas páginas seguintes.

XIV. Discute a doutrina quanto à qualificação da declaração do devedor no sentido de não realizar a prestação como causa de vencimento antecipado ou conducente ao incumprimento definitivo<sup>40</sup>. De qualquer modo, para que alguma consequência se verifique, necessário será que se trate de uma declaração de não cumprimento, séria, honesta, precisa e definitiva<sup>41</sup>.

Dada a crescente complexidade das organizações, normalmente de base empresarial, importa questionar se tal declaração deverá emanar do próprio

---

<sup>39</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 121: “Quando o atraso não tenha sido ilicitamente provocado, segue-se o regime geral do risco no Direito das obrigações.”.

<sup>40</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 151 considera que “No Direito Português não existe qualquer previsão legal” para este problema. Não obstante, o artigo 808.º refere-se-lhe expressamente, na sua epígrafe, ainda que a mesma não encontre posterior correspondência no texto do preceito. Em especial, cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1979, pp. 3 e seguintes.

<sup>41</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 148.

devedor ou se, em contrapartida, poderão terceiros protagonizar a aplicação deste regime. Este é também um dos pontos que será abordado.

XV. Pode acontecer que, em vez de uma situação de não realização da prestação, se verifique a impossibilidade de cumprimento. Esta situação não origina, em regra, a responsabilidade do devedor, por não ser imputável a este o resultado, isto é, a não obtenção da satisfação do interesse do credor.

Assim não será nos casos em que a impossibilidade de realização da prestação haja sido causada pelo próprio devedor – ou, acrescentamos nós, por terceiro que a ele se encontre especialmente ligado, por haver sido introduzido pelo devedor no cumprimento da obrigação. O artigo 801.º, n.º 1, do CC considera que tal situação, designada de *impossibilidade culposa de cumprimento*, é equiparada ao incumprimento propriamente dito<sup>42</sup>.

XVI. Diferentes destes casos são aqueles outros em que a inexecução é devida a fato fortuito ou de força maior. O artigo 790.º do CC determina que, nessa hipótese, a obrigação se extingue caso seja impossível o seu cumprimento, por causa não imputável ao devedor.

A norma converge com o § 275 BGB, porquanto a extinção da obrigação resulta do fato de a sua execução se haver tornado impossível, sem que para tal haja contribuído o devedor. Neste quadro, como se verá, o § 278 BGB configura uma exceção ao § 275 BGB, tanto quanto o artigo 800.º do CC em relação ao artigo 790.º do CC: trata-se, assim, de um caso em que o devedor responde, não obstante a impossibilidade não resultar, em bom rigor, de falta própria<sup>43</sup>, mas antes de falta de uma pessoa *pela qual ele deve responder*.

---

<sup>42</sup> Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 106, a utilização da expressão *como se* induz a concluir que se trata somente de uma equiparação ao nível de regimes, mas não de figuras. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 259 e seguintes.

<sup>43</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution a l'étude du droit comparé des obligations*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Treizième, 1914, p. 276.

XVII. Este conjunto de situações é essencial para delimitar a responsabilidade do devedor ao abrigo do artigo 800.º.

Com efeito, se não fosse o disposto neste artigo, na generalidade das situações por ele abrangidas o devedor poder-se-ia eximir, alegando tratar-se de fato imputável a terceiro. Todavia, a circunstância de este terceiro estar numa relação especial com o devedor possibilita uma exceção a este regime e a consequente responsabilização do devedor.

Ao invés, sempre que a prestação se impossibilite devido a um fato de alguém que seja, efetivamente, um terceiro, estranho ao devedor no sentido de não ter sido por este introduzido no cumprimento, tal constitui motivo de extinção da obrigação, com fundamento em caso fortuito ou de força maior<sup>44</sup>.

O critério está, assim, em aferir se a pessoa que afetou a prestação é ou não uma das pessoas *pelas quais o devedor é responsável*.

XVII. A nossa análise não estaria completa se não se fizesse a ponte para a matéria do cumprimento das obrigações, concretamente quanto à classificação em obrigações fungíveis e não fungíveis e suas consequências práticas na realização da prestação.

A regra é a de que a obrigação pode ser cumprida pelo devedor, ou por alguém a quem este incumba de o fazer<sup>45</sup>, designadamente um seu representante<sup>46</sup>. Isto acontece porque em regra o interesse do credor é apenas o de obter a prestação, sendo o devedor o de se liberar dela, não havendo motivos

---

<sup>44</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution à l'étude du droit comparé des obligations*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Treizième, Année 1914, p. 231.

<sup>45</sup> Já assim em relação ao art. 757.º do CS, cf. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª edição, com a colaboração de Rui de Alarcão, Coimbra, Almedina, 1966, p. 283.

<sup>46</sup> Assim também FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975/76, p. 329; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 152.

para impedir a intervenção de terceiros<sup>47 48</sup>. O credor não pode, então, recusar a prestação<sup>49</sup>.

Porém, ainda que se trate de obrigação infungível, quer a infungibilidade seja natural, quer seja convencional, isso “*não significa que na sua execução o devedor não possa fazer-se ajudar por auxiliares, se a natureza da prestação e os usos o consentirem*”<sup>50 51</sup>.

Ao auxiliar tanto pode competir uma intervenção material, como jurídica. No entanto, importará diferenciar, nos casos de obrigação infungível, a situação em que o terceiro atua apenas como substituto (material ou executiva) do devedor, daqueles outros em que o faz ocupando já a posição que era anteriormente detida pelo devedor. Isto porque uma coisa é o recurso lícito a auxiliares e substitutos, que conduz à eventual aplicação do art. 800.º/1 do CC, sendo coisa diversa o recurso ilícito, em que a responsabilidade do devedor será ainda assim afirmada, mas em termos subjetivos, ao abrigo do art. 798.º do CC.

XVIII. Iremos ainda procurar responder à seguinte questão: a responsabilidade do devedor pelos atos de terceiros por ele utilizados no cumprimento duma obrigação pode ser entendida como princípio geral<sup>52</sup>? Essa

---

<sup>47</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, ob. cit., p. 284. Salvo, naturalmente, quando se trate de obrigação infungível, como já era determinado no art. 747.º, § único, do CS.

<sup>48</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 79.

<sup>49</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 13.

<sup>50</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 81, referindo expressamente os artigos 264.º/4, 1165.º, 1198.º e 1213.º/2 do CC.

<sup>51</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 353.

<sup>52</sup> Neste sentido, cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, ob. cit., p. 264: “... conclui-se, de um modo geral, se admite responder o devedor pelos fatos dos seus auxiliares, isto é, das pessoas de quem se serve para o cumprimento das suas obrigações”. Sobre o princípio da responsabilidade civil, em geral: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 16 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 267 e seguintes; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 208 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 385 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das

qualificação, a confirmar-se, parece corresponder ao tratamento que, do ponto de vista sistemático, a matéria colhe no atual Código Civil, no qual o artigo 800.º se situa na Divisão I da subsecção I, com o título de “Princípios gerais”.

Neste sentido, importa fazer a ligação a outros regimes, como o da presunção de culpa do devedor, contemplado no n.º 1 do artigo 799.º do CC. A presunção de culpa estende-se também *“à existência de um comportamento faltoso do devedor ou dos seus auxiliares e à causalidade entre esse mesmo comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso verificados”*<sup>53</sup>.

No que concerne à qualificação como princípio, o certo é que não se conhecem opiniões doutrinárias que neguem que um devedor responde pela inexecução do contrato proveniente da atuação de um seu funcionário: a responsabilidade foi desde sempre afirmada, por uma questão até de necessidade económica<sup>54</sup>, assumindo-se quase como uma evidência. Assim, o princípio *si non per eum stet quo minus*, ou seja, de que, se não for o próprio a fazer, tem na mesma de responder, é desde longa data consagrado, sem que para tal seja necessário existir alguma culpa do responsável.

A afirmação da responsabilidade do devedor não parece também depender de uma norma legal nesse sentido. Isso verificava-se entre nós na vigência do Código Seabra e acontece ainda nalguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do espanhol e do francês. No entanto, entre o reconhecimento da responsabilidade do devedor pela atuação dos seus auxiliares até à afirmação de um princípio geral parece ir um longo caminho, como ponto prévio à afirmação de tal princípio.

---

obrigações, ob. cit., pp. 48 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 518 e seguintes.

<sup>53</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, 1994, pp. 191 e 192. O Autor refere ainda que a presunção de culpa *“esconde, na verdade, um esvaziamento do princípio da culpa em favor de uma quase-responsabilidade pelo risco”*, acrescentando que se trata, assim, de uma *“presunção de ilicitude!”*. A páginas 193 ainda refere que, no seu entender, *“uma presunção tão vasta, dizíamos, só tem sentido quando pela prestação se atribua ao credor um resultado”*. Afirmando novamente, na p. 201, que a inversão do ónus da prova da culpa se faz *“à custa do princípio da culpa”*.

<sup>54</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, p. 1026.

XIX. A utilização de auxiliares por parte do devedor é uma necessidade económica, não sendo muitas vezes sequer expectável para o credor que o devedor realize, sozinho, a maioria das prestações<sup>55</sup>. Frequentemente, o devedor é titular de uma organização, uma entidade de forma empresarial ou não, mas que conjuga vários recursos para a obtenção de um fim comum.

Torna-se, por isso, um imperativo da vida quotidiana que o devedor responda, conjunta ou isoladamente, pelos atos dos seus auxiliares. Com efeito, nestes casos, como assinala Bianca, *“il debitore adempia con la propria organizzazione, che questa costituisca cioè lo strumento dell’adempimento”*<sup>56</sup>.

XX. A responsabilidade do devedor por fato de outrem adquire o seu expoente máximo no cumprimento das obrigações contratuais, mas é igualmente aplicável às obrigações de origem não contratual<sup>57</sup>. Neste sentido, é assim também no ordenamento jurídico alemão, no qual o § 278 BGB é aplicável independentemente da fonte da obrigação, isto é, contanto que haja uma obrigação pré-existente. Como se verá, poderá estar em causa o cumprimento de uma qualquer obrigação, independentemente da sua fonte ou conteúdo.

XXI. De acordo com Vaz Serra, vários podem ser os fundamentos da responsabilização do devedor pelo ato do terceiro:

- a) Assunção prévia, por parte do devedor, de responsabilidade pelo ato do terceiro;
- b) Recurso ilícito a um auxiliar;
- c) Deficiência na escolha ou nas instruções dadas ao auxiliar;

---

<sup>55</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 25.

<sup>56</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, Seconda Edizione, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1979, p. 466.

<sup>57</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, p. 265, nota 7-a, considerava que a responsabilidade do devedor por fatos dos seus auxiliares deveria obter tratamento jurídico semelhante independentemente de se tratar de obrigação contratual, ou proveniente de fato ilícito extracontratual, enriquecimento sem causa, gestão de negócios, uma vez que a razão de ser é a mesma.

- d) Ato de auxiliar lícitamente utilizado pelo devedor no cumprimento da obrigação.

As legislações são unânimes em admitir a responsabilidade por fato de outrem, mas variam na sua formulação e fundamentação<sup>58</sup>. No entanto, da responsabilidade obrigacional por fato de outrem propriamente dita terão de ser diferenciadas as seguintes situações: (a) culpa *in eligendo*, *in instruendo* ou *in vigilando* do próprio devedor; (b) recurso a auxiliares em violação do contrato; (c) quando o devedor esteja em mora e não demonstre que o bem se teria igualmente perdido se tivesse sido entregue ao credor; (d) e quando o devedor haja assumido, contratualmente, a garantia pelo fato de terceiro<sup>59</sup>.

Com efeito, na primeira e segunda situações, está em causa a responsabilidade do devedor a título subjetivo, i.e., por fato próprio. Na terceira situação estamos diante de efeitos da mora, uma situação próxima da prevista no art. 800.º, mas que com ela não se confunde. No último caso há responsabilidade por fato de outrem mas ela decorre da convenção contratual, e não da lei.

XXII. Tomemos como ponto de partida alguns exemplos clássicos e comumente referidos pela doutrina de situações em que a responsabilidade do devedor por fato de outrem pode surgir<sup>60 61 62</sup>:

- a) A aluga um cavalo a B, o qual o vem depois a emprestar a um amigo; o amigo, por imprudência, magoa ou mata o cavalo. Será B responsável pela indemnização ao proprietário A, ou terá este que agir diretamente contra o autor do fato?

---

<sup>58</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 407.

<sup>59</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, em *Archivio Giuridico*, Nuova Serie, Volume XI, Fasc. 3, 1903, p. 419.

<sup>60</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui ...*, ob. cit., p. 232.

<sup>61</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, em *Juristische Schulung*, Heft 11, 1983, pp. 817; DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2012, p. 152.

<sup>62</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 81.



- b) Um relojoeiro obrigou-se a reparar um pêndulo e enviou um funcionário seu ao domicílio do cliente; o empregado deixa cair o pêndulo em casa do cliente; ou, manejando imprudentemente um cigarro, dá origem a um incêndio; será o patrão responsável contratualmente pelos danos causados ao cliente?
- c) A contrata D para a reparação do seu automóvel, o qual por sua vez encarrega o funcionário da sua oficina T, que causa danos ao automóvel. D responde?
- d) O banco A contrata com a empresa de comunicações D a realização periódica de certas remessas entre as suas agências e D encarrega os seus funcionários da realização de tal tarefa, que a fazem defeituosamente. D responde?
- e) O comerciante A, tem a obrigação de não fazer concorrência à empresa B, obrigação esta que é violada por ação de um chefe de vendas de A ou por outro empregado seu. Há responsabilidade de A?
- f) O médico ou a entidade clínica respondem pela violação do dever de sigilo em relação aos pacientes, por parte do seu pessoal auxiliar?
- g) O possuidor responde pelos atos dos seus auxiliares que tenham como consequência a deterioração da coisa que deve restituir?
- h) O credor embargante responde pelos atos do seu advogado, quando este, após travar o embargo de coisa que não era do devedor, se atrasa negligentemente a proceder ao levantamento do embargo?
- i) O achador responde pela atuação dos seus auxiliares pelo extravio negligente da coisa ou pela sua deterioração?
- j) O credor pignoratício responde perante o dador de penhor pelos danos ou destruição da coisa empenhada cometidos pelos terceiros a quem a confie?

Como se depreende, trata-se aqui de múltiplas situações em que uma pessoa recorre a outra com vista a realizar uma prestação a que se encontra obrigada, sendo que em consequência da intervenção do terceiro resultam danos para o credor.

A responsabilidade obrigacional por fato de outrem pode ainda ter lugar em qualquer outra obrigação, independentemente da sua fonte. Assim, o gestor de negócios, por exemplo, responde, em relação às obrigações que a lei lhe impõe, para cujo cumprimento pode usar de auxiliares.

XXIII. Um aspeto que será analisado será ainda a aplicabilidade do regime da responsabilidade do devedor por fato de outrem a outras situações jurídicas, que não apenas obrigações. De um modo geral, o problema discute-se a propósito dos ónus, adiantando-se desde já que adoutrina não parece aceitar a responsabilidade neste caso, devido à própria natureza do ónus, cuja inobservância em princípio acarreta somente efeitos para o onerado.

XXIV. Com o recurso a auxiliares para o cumprimento de uma obrigação não se confunde a introdução de terceiros na possibilidade de contato com uma coisa, pertencente a outrem. Isso acontece nos contratos pelos quais se concede o gozo sobre uma coisa: o locador concede ao locatário a possibilidade de gozar a coisa, e, através dessa possibilidade, terão contato com a coisa outras pessoas, como por exemplo familiares, amigos, trabalhadores do locatário. Ora, o locatário responde pela atuação destas pessoas, como decorre do art. 1044.º do CC. No entanto, será posteriormente analisado se este regime traduz a mesma regra que o art. 800.º do CC, ou se dele se diferencia.

Outro problema é a distinção entre a responsabilidade obrigacional do devedor e a matéria do risco. Veja-se, neste sentido, o exemplo avançado por Ferrara: Tício vende uma casa e recebe o preço. Antes de ser feita a entrega ao comprador, um empregado de Tício, o qual sempre se mostrou diligentíssimo e pessoa de inteira confiança, dá azo a um incêndio, destruindo a casa. Quem deve suportar o dano<sup>63</sup>?

---

<sup>63</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 401. O Autor questiona: *“Il venditore deve dirsi responsabile sebbene non gli possa imputare alcuna culpa in eligendo o in vigilando, o deve il compratore perdere il prezzo e la villa, restandogli solo il magro conforto di un'azione per colpa aquiliana contro il servo insolvente?”*.

O problema será, na nossa perspectiva, das duas uma: ou de risco, ou de responsabilidade delitual, e não de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, ainda que, *neste caso concreto*, o devedor responda pelas consequências da atuação de um seu auxiliar. Assim: se a casa ficou em poder do vendedor por um motivo do interesse deste, o problema poderá ser de risco, pelo que este responderia ainda que o incêndio se desse por caso fortuito. Diferentemente, se o vendedor atribuiu ao seu empregador a *tarefa* de cuidar da casa, então a situação parece já situar-se no domínio delitual.

Já não temos dúvidas que sejam casos de responsabilidade contratual por fato de outrem os seguintes<sup>64</sup>:

- a) Uma pessoa compra um serviço de chá e o vendedor da loja obriga-se a fazer a entrega na sua residência, escolhendo para esse efeito um funcionário, indiscutivelmente atento e cuidadoso. Contudo, no dia em questão, este realiza a tarefa com negligência, caminhando à pressa e aos solavancos, o que leva a que o serviço se quebre;
- b) Uma empresa contrata a um estabelecimento metalúrgico a construção de um máquina, a realizar em três meses. Quando tudo já está pronto, um funcionário do estabelecimento, pessoa muito cuidadosa, faz a última prova da máquina. Naquele dia, contudo, por distração, esquece-se de abrir a válvula de segurança e a máquina explode. Pode o estabelecimento invocar caso fortuito e exonerar-se da sua obrigação?

XXV. Nas situações descritas, encontramos um *conflito de interesses*<sup>65</sup>: o devedor pretende liberar-se, invocando que fez tudo quanto estava ao seu alcance para que a prestação fosse corretamente executada, pelo que não tem culpa e não podia prever a imprudência do empregado, enquanto para o credor será injusto suportar um dano quando confiou na pessoa do devedor e na sua capacidade de levar a obrigação a um bom porto.

---

<sup>64</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 401 e seguintes.

<sup>65</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 402.

Um dos principais problemas com que nos iremos debater reside na fundamentação da responsabilidade por fato de outrem. Com efeito, sendo certo que desde longa data esta existe numa série de casos, verifica-se que são várias as bases de sustentação deste modelo de responsabilidade, dificultando a existência de uma linha comum de justificação.

XXVI. Finalmente, há que considerar que a responsabilidade por fato de outrem, sendo objetiva, continua a ter uma configuração excecional, donde resulta que não se pode aplicar fora dos casos previstos na lei. Contudo, daí não resulta que não possa haver aplicação extensiva do seu regime, sempre que tal se justifique pela respetiva *ratio*, nem que tais dispositivos devam ser restritivamente interpretados<sup>66</sup>.

Relacionado com esta questão é a de saber se se trata, em bom rigor, de responsabilidade pelo fato de outrem? Este problema é relevante, porquanto a responsabilidade dita indireta ocorre quando uma pessoa é chamada a indemnizar os prejuízos resultantes de um ato ou omissão alheios<sup>67</sup>. No caso da responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares, em bom rigor, não é isso que se verifica. O auxiliar, por si só, não pratica um ato ilícito, já que não é ele o obrigado ao cumprimento da obrigação. Contudo, da sua atuação deriva a violação do direito do credor, conduzindo à responsabilidade do devedor pelo incumprimento da obrigação<sup>68</sup>.

Ainda dentro deste problema reside um outro aspeto de ponderação, que é a circunstância de o desenvolvimento de variadas áreas do Direito ter originado regimes próprios de responsabilização do devedor pelos seus auxiliares, situação que pode pôr em causa a consagração do regime regra no

---

<sup>66</sup> No mesmo sentido, cf. RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, p. 693.

<sup>67</sup> Cf. A. GRASSI, *Responsabilità Civile*, ob. cit., p. 1350: “La responsabilità è diretta o per fatto proprio; è indiretta, o per fatto altrui”.

<sup>68</sup> Neste sentido, RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, p. 693, afirma: “... nella specie il debitore non è tenuto a rispondere in buona sostanza per il rapporto in cui si trova con i cosiddetti ausiliari, autori del danno, ma piuttosto sempre per l'inadempimento dell'obbligazione, che segna in ogni caso, e non importa che sia dipeso dal contegno dei suoi collaboratori, la ragione ed il limite della responsabilità a suo carico.”.

artigo 800.º CC<sup>69</sup>. Isto acontece em inúmeros diplomas legais, destacando-se o Direito do trabalho e, no âmbito do Direito comercial, o Direito dos Transportes.

XXVII. Ainda objeto de análise será o disposto no n.º 2 do artigo 800.º do CC, na sua configuração de importante exceção à regra geral contida no artigo 809.º do CC. Em que medida se justifica a desresponsabilização convencional do devedor pela atuação dos seus auxiliares de cumprimento e o âmbito desta desresponsabilização será assim objeto da nossa atenção, bem como a articulação do regime do Código Civil com a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

XXVIII. Em síntese, dir-se-á que são muitos os problemas que procuraremos analisar no estudo que se segue. Sem pretender esgotar todas as linhas de raciocínio, pretendemos contribuir para uma reflexão acerca da responsabilidade do devedor por fato de outrem, que possa em simultâneo permitir um maior conhecimento deste regime e, em consequência disso, da sua aplicação. Com efeito, são muito poucas as decisões jurisprudenciais que se encontram que apliquem o artigo 800.º do CC e, quando o fazem, na maioria das vezes não analisam os seus pressupostos de aplicação. Dir-se-á que aplicam a solução do artigo 800.º do CC *quase por intuição*, mas ainda que se atinja, porventura, o resultado correto, é importante que o caminho seja percorrido de forma adequada. A interpretação e a correta aplicação do regime jurídico depende naturalmente desse percurso.

---

<sup>69</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 419, levanta a seguinte questão: “Deve o Código Civil continuar a ser o repositório geral do Direito privado português?”.



# I - APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ENQUADRAMENTO NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

## A - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### Introdução

I. Em termos históricos<sup>70</sup>, a evolução da responsabilidade civil<sup>71</sup> pode ser dividida em três grandes fases, a saber<sup>72</sup>: Direito romano<sup>73</sup>, Direito medieval e moderno e, por último, Direito contemporâneo.

II. É um fato que o Direito civil atual é profundamente marcado pelo Direito romano<sup>74</sup>. De um modo geral, pode afirmar-se que o Direito romano se caracteriza pelos seguintes traços dominantes:

---

<sup>70</sup> Salientando que “O Direito Civil português é Direito romano actual”, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, Lisboa, 1987, p. 61, e, do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil Português, I – Introdução*. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 117. Cf. ainda A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 9 e seguintes e, em especial, pp. 40 e seguintes e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 125.

<sup>71</sup> Se bem que, como assinala ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 400, em latim nem sequer existe um termo correspondente para a palavra *responsabilidade*, dado o desconhecimento desta figura à época, “sendo necessário recorrer a perífrases ou a significados parcelares, como *iniuria*, *actio ex maleficiis*, *actio ex contractu*, *actio de damno*, *culpa* ou *dolo*”.

<sup>72</sup> Neste sentido, FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 501.

<sup>73</sup> Referindo que são “As elaborações da jurisprudência clássica, o rigor lógico das soluções dos casos concretos e o espírito de justiça e de equidade que as informa” que possibilitaram que os preceitos de Direito romano tivessem “um valor universal que explica que grande parte das instituições jurídicas romanas tenha chegado aos nossos dias”, cf. A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 99.

<sup>74</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Introdução*. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 117, afirma que “O Direito civil é Direito romano atual”, assinalando, nessa linha de raciocínio, a atualidade do estudo do Direito romano. Cf. ainda MARCELO

- a) Ausência de um sistema de responsabilidade civil propriamente dito;
- b) Inexistência de uma linha clara de distinção entre responsabilidade contratual e delitual<sup>75</sup>;
- c) Apesar de ser discutível, parte da doutrina considera que a responsabilidade delitual antecedeu<sup>76 77</sup> a responsabilidade contratual<sup>78</sup>;
- d) Inicialmente apenas se admitia a imputação em caso de dolo do agente<sup>79</sup>, só tendo sido posteriormente admitida também a responsabilidade por mera culpa<sup>80</sup>.

III. Contrariamente aos tempos modernos, o delito não surgia, no Direito romano, associado à ideia de dano, sendo antes configurado como uma ofensa feita a um privado<sup>81</sup>.

Os casos de responsabilidade conhecidos eram essencialmente situações de responsabilidade objetiva ou sem culpa<sup>82</sup>: o fundamento da pena não era a

---

REBELO DE SOUSA / SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.<sup>a</sup> edição, Lisboa, LEX, 2000, pp. 284 e seguintes.

<sup>75</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, p. 160: “Se o Direito romano, como deixamos dito, não chegou a estabelecer uma diferenciação perfeita entre responsabilidade penal e civil, não é de admirar que também não haja distinguido entre responsabilidade delitual e contratual.”. Assim, esta distinção apenas teve lugar com o labor dos glosadores.

<sup>76</sup> Contudo, a questão não é pacífica. De acordo com JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, ob. cit., pp. 2185 e 2186, o Direito romano caracteriza-se por partir da indemnização no âmbito dos contratos, transpondo-a para os delitos. Segundo este Autor, “A notre époque, le rapport est inversé: la responsabilité contractuelle est devenue intellectuellement tributaire de la délictuelle”.

<sup>77</sup> Neste sentido, também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 401.

<sup>78</sup> Em sentido diverso, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, Volume I, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 32, considera que “não faz sentido colocar a questão de saber se as primeiras obrigações são ex delicto ou ex contrato. Do delicto nasce a vindicta. A vindicta requer o pacto ou acordo destinado a combinar a composição. Feito o acordo surge a obligatio para o seu cumprimento.”.

<sup>79</sup> VITTORIO SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, Off. Tip. Bodoni di G. Bolognesi, 1912, p. 484, sublinha que, no Período Justinianeu, ao dolo era equiparada a culpa lata.

<sup>80</sup> FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 119. O Autor assinala, a p. 120, que estes critérios, nascidos no âmbito da responsabilidade delitual, foram depois transpostos para a responsabilidade contratual, levando a classificar o incumprimento como imputável ou não ao devedor, e, dentro da primeira categoria, o incumprimento doloso do negligente.

<sup>81</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 564.



conduta do agente mas o simples fato de o dano se verificar, situação que vigorou até à *Lex Aquilia*<sup>83</sup>. Na sua forma primitiva, o delito era punido pela sua objetividade, isto é, simplesmente por ter ocorrido, independentemente de qualquer critério de imputação<sup>84</sup>. Vigorava então o que a doutrina designava como uma *regra de paixão*, determinando uma reação violenta contra uma injustiça que alguém tivesse sofrido, podendo inclusivamente as coisas e os animais responder pelos danos causados a outrem<sup>85</sup>.

IV. O Direito romano operava a distinção entre duas categorias de danos: os danos nascidos de um delito público e os resultantes de um delito privado<sup>86</sup>. Em princípio, era o Estado quem “perseguiu” e punia o autor do dano; quando assim não acontecia, poderia ser o próprio lesado a fazê-lo, impondo-lhe uma *poena*, ou seja, uma pena privada<sup>87</sup>. Nos delitos, o ato ilícito constituía o fundamento originário e único da reclamação feita ao agente<sup>88</sup>.

---

<sup>82</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, Volume I, p. 112, afirma: “Hoje a culpabilidade ocupa o centro de um sistema jurídico baseado nos critérios subjectivos. O ordenamento romano, centrado na responsabilidade civil objectiva – em que não importa a distinção entre culpa e caso fortuito, mas, ao lado do dolo, a consideração objectiva, sem cuidar da conduta do devedor, de certos eventos, como o furto e os danos provocados por terceiros, pelos quais o devedor responde (custódia) e outros pelos quais não responde (vis maior, casus maior) – foi ultrapassado, em virtude do trabalho dos compiladores justinianeus, por um sistema de responsabilidade multiarticulado, com várias graduações (dolus, culpa, casus), saído do *Corpus Juris Civilis*.”.

<sup>83</sup> FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, ob. cit., p. 119, dá-nos conta de que a noção de responsabilidade extracontratual encontra a sua origem num plebiscito, que se supõe ser do ano 286 a.C., conhecido como *Lex Aquilia de damno*.

<sup>84</sup> Neste sentido, cf. GUIDO SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, p. 424, artigo disponível em:

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.dirittocomparato.unipa.it%2Fsystem%2Ffiles%2Ffile%2Fcritero%2520imputazione%252008.pdf&ei=dL0-UuPdM8HmswaxhYCgCw&usg=AFQjCNE2oGZpUinntGUttHSNBd98dGodzA&sig2=ID8BXMR8qA1H9WtXTWqKag&bvm=bv.52434380,d.Yms>

<sup>85</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, I – De la faute en Droit Privé, Paris, A. Marescq, 1880, pp. 11 e 14.

<sup>86</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, Cinquième édition, Paris, Montchrestien, 1957, p. 34.

<sup>87</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 34, sublinhando que “Jamais le droit romain n’arrivera à se dégager complètement de cette idée, à faire de la condamnation civile ce qu’elle est aujourd’hui: une indemnité”.

<sup>88</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 24: “Dans les délits, l’acte illicite forme le fondement originaire et unique de la réclamation. Dans tous les autres

Foi somente no Direito medieval e moderno que se verificou a separação absoluta entre o ilícito criminal e o civil, sendo então considerado que este último apenas dava origem à obrigação de indemnizar. Para tal, destacaram-se os trabalhos dos jus-naturalistas Grocio, Puffendorf, Thomasius e Wolff. Durante este período, a influência do Cristianismo determinou o princípio segundo o qual cada pessoa deve responder pelos atos culposos que causem dano a terceiros. Em especial, como veremos, na época moderna, destaca-se a obra de Domat, autor do princípio ainda hoje consagrado no artigo 1382.º CCF.

V. O conceito romano de delito não era particularmente desenvolvido. O principal era a constatação de um dano e a necessidade de o reparar<sup>89</sup>. A ideia de *faute* apenas surge, segundo os Mazeaud, a partir do momento em que se afirma que a vingança privada<sup>90</sup> não é admissível, o que acontecia em relação aos atos de crianças e de pessoas sem discernimento, já que estes atuavam “*sem razão*”<sup>91</sup>. De acordo com estes Autores, foram “*seulement les jurisconsultes de la fin de la République, entre autres Quintus Mucius Scaevola, qui, sous l’influence des idées grecques, ont dégagé la Conception, devenue fameuse, de la faute aquilienne*”<sup>92</sup>.

VI. Como já foi referido, tanto em matéria delitual, como no domínio obrigacional, não se vislumbrava no Direito romano um regime de natureza geral, ou seja, um princípio segundo o qual aquele que causasse um dano a outrem, dentro de certas condições, fosse obrigado a indemnizar<sup>93</sup>. O sistema

---

*rapports, au contraire, la réclamation se base sur un fait indépendant de toute culpabilité: la propriété, le contrat, etc.”.*

<sup>89</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 38.

<sup>90</sup> Sobre o tema, cf. também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 525.

<sup>91</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 38, onde afirmam que “*Ainsi va s’introduire un premier embryon de l’idée de faute*”, já que estas pessoas não eram responsáveis pelos seus atos, pelo que não podiam ser acusados de cometer um delito.

<sup>92</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 38.

<sup>93</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 35. Ainda na p. 37,

era, ao invés, o da enumeração fechada das situações em que essa obrigação era imposta<sup>94</sup>.

VII. O sistema de responsabilidade vigente no Direito romano era baseado na responsabilidade pessoal<sup>95</sup>, isto é, uma responsabilidade por fato próprio, que, em última instância, atingia a própria pessoa obrigada<sup>96</sup>, a ponto de, em certos momentos históricos, poder pôr em causa a sua própria vida (*nexum dare*)<sup>97</sup>.

VIII. Com a *Lex Aquilia*<sup>98</sup>, estabeleceu-se a ação por *damnum injuria factum*, em três disposições diferentes<sup>99</sup>:

- a) A primeira disposição determinava que, aquele que tivesse matado injustamente um escravo alheio, ou um quadrúpede pertencente a outrem, teria de pagar ao proprietário uma soma igual ao mais alto

---

afirmam: “Ainsi le droit romain reste fidèle à ses origines: le législateur n’étant intervenu que pour résoudre des cas d’espèces, on admet que la responsabilité n’existe que dans ces seuls cas”.

<sup>94</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l’esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 32, salienta que muitos dos delitos especiais continham, na sua gene, situações de incumprimento contratual, que apenas se desenvolveram enquanto tal mais tarde. Acentuando esta ideia, na p. 41, afirma: “Dans tous les rapports qui ont l’objet de notre étude, l’idée de la force obligatoire du rapport lui-même n’a pu se faire jour qu’après avoir dépouillé la forme du délit.”.

<sup>95</sup> ELIANE MARIA AGATI MADEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, artigo disponível em [http://www2.faculdadeatual.edu.br/prof\\_andre/direito/artigoleidas12tabuas.pdf](http://www2.faculdadeatual.edu.br/prof_andre/direito/artigoleidas12tabuas.pdf), p. 3, sublinha foi o endividamento da plebe, devido ao princípio da responsabilidade pessoal e à sua consequente submissão do devedor ao credor, que mais contribuiu para a sua revolta.

<sup>96</sup> Neste sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 944 e seguintes.

<sup>97</sup> Acerca das consequências do incumprimento da *ob-ligatio*, em especial sobre o *nexum dare*, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 21 e seguintes. Em especial, veja-se também EMILIO BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, pp. 42 e seguintes. O Autor salienta que a garantia da obrigação romana era constituída pela própria pessoa do devedor obrigado. Sobre o carácter pessoal da execução forçada, cf. ainda as pp. 67 e seguintes.

<sup>98</sup> VITTORIO SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934, p. 174, define o ato ilícito como a situação em que *alcuno offende, viola, il diritto altrui con un proprio atto o con una propria omissione contra ius, contro le regole del diritto*. Salienta ainda que a designação *culpa aquiliana* decorre de uma razão histórica, ou seja, da *Lex Aquilia*, que começou por regular as obrigações *ex delicto*.

<sup>99</sup> Cf. M. EUGENIO LAGRANGE, *Manual del Derecho Romano*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1889, p. 452.

valor que a coisa tivesse tido naquele ano. Porém, era necessário que houvesse culpa, mesmo que se tratasse de mera culpa leve<sup>100</sup>;

- b) A segunda disposição estabelecia uma ação no âmbito da *stipulatio*, situação que terá caído em desuso<sup>101</sup>;
- c) Finalmente, a terceira disposição impunha uma ação para todos os demais danos não especificados nos dois primeiros artigos.

Nesta época, era considerada injúria tudo quanto fosse contra um direito: abrangia, assim, algo de prejudicial a outrem, uma injustiça uma simples afronta. Admitia-se já que a injúria podia ser feita diretamente a uma pessoa, ou através de outra que estivesse sob o seu poder ou proteção, como um filho-família ou a mulher do atingido<sup>102</sup>.

IX. No que concerne ao domínio obrigacional, a obrigação romana caracterizava-se pela presença de três elementos: 1) os sujeitos (ativo e passivo), 2) o objeto (a prestação) e 3) o *vinculum iuris*<sup>103</sup>. Havia então a diferenciação entre o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*), de forma que o devedor era obrigado a cumprir, e, ao mesmo tempo, era responsável pelo incumprimento, sendo feita uma separação entre estes dois estatutos<sup>104</sup>.

Como a obrigação era pessoal<sup>105</sup>, a ideia de representação direta era desconhecida, ainda que fosse admitida a utilização de mensageiros<sup>106 107</sup>. Os primeiros passos no sentido da representação ocorreram no âmbito da própria

---

<sup>100</sup> M. EUGENIO LAGRANGE, *Manual del Derecho Romano*, ob. cit., p. 453. O Autor refere o caso do médico, que começou uma operação e que a não concluiu, provocando a morte do escravo, considerando que neste caso se aplicaria a *Lex Aquilia*. Todavia, será discutível se este caso não configura antes um caso de responsabilidade contratual.

<sup>101</sup> M. EUGENIO LAGRANGE, *Manual del Derecho Romano*, ob. cit., p. 454. Cf. também FRANCESCO PELLEGRINI, *Responsabilità*, em *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografica - Editrice Torinese, XVIII, 1939, pp. 438 e seguintes.

<sup>102</sup> M. EUGENIO LAGRANGE, *Manual del Derecho Romano*, ob. cit., p. 456.

<sup>103</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume Undicesimo, ob. cit., p. 556.

<sup>104</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., pp. 556 e 557.

<sup>105</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 555, sublinha que na sua origem a obrigação compreendia o poder do credor sobre a pessoa do devedor, que estava verdadeiramente ligado àquele.

<sup>106</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 533.

<sup>107</sup> M. DE. SAVIGNY, *Le Droit des Obligations*, Tome Second, Tradução de C. Gérardin e P. Jozon, Paris, Auguste Durand, Librairie-Éditeur, 1863, pp. 160 e seguintes

família<sup>108</sup> <sup>109</sup>. Assim, o dono ou pai (*paterfamilias*) adquiria os benefícios resultantes de contratos celebrados pelos escravos<sup>110</sup> <sup>111</sup> ou filhos em seu poder, quer tivessem sido celebrados no nome destes ou no nome daquele <sup>112</sup>. Com efeito, à representação propriamente dita, preferiam os romanos a interposição gestória<sup>113</sup>.

Acresce que, fora do contexto familiar, eram também conhecidas<sup>114</sup>:

- a) A *actio institoria*<sup>115</sup>, aplicável quando uma pessoa empregava outra, que podia ser um escravo ou um homem livre, com vista a dirigir um negócio, sendo aquele responsável pelos contratos relacionados com o negócio que este celebrasse, desde que o terceiro soubesse que havia aquela relação com o negócio<sup>116</sup>. Neste caso, o filho ou escravo atuava como gerente (*institor*) de um estabelecimento comercial terrestre, com a autorização do seu *paterfamilias* ou *dominus*<sup>117</sup>.

---

<sup>108</sup> Também neste sentido, cf. EMILIO BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, Ristampa inalterata della seconda edizione, Pádua, Cedam, 1947, pp. 219 e seguintes. Todavia, o Autor salienta que, em bom rigor, a representação exige uma capacidade patrimonial independente, entre representante e representado, a qual estaria ausente na relação do *paterfamilias* com as pessoas sujeitas à sua autoridade. O Autor sublinha ainda, na p. 222, que o *Ius Civile* se mostrava avesso à admissibilidade da representação.

<sup>109</sup> RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, ob. cit., pp. 219 e seguintes.

<sup>110</sup> Sobre os diversos estatutos da pessoa, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *História do Direito romano*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1967, pp. 41 e seguintes. Especificamente sobre a escravatura no Direito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 35 e seguintes. Em especial sobre a questão no Direito romano, vejam-se as pp. 41 e seguintes.

<sup>111</sup> Veja-se ainda, em termos genéricos, MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, França Amado, Editor, sem data, pp. 37 e seguintes.

<sup>112</sup> Neste sentido, A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 101; R. W. LEE, *The elements of Roman Law*, ob. cit., p. 356; EUGÈNE PETIT, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, ob. cit., pp. 64 e seguintes.

<sup>113</sup> EMILIO BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, ob. cit., p. 222: assim, o negócio celebrado pelo administrador, no interesse do administrado, não deixaria de ser um negócio próprio do administrador.

<sup>114</sup> Sobre as várias ações, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *História do Direito romano*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1966, pp. 269 e seguintes.

<sup>115</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., p. 150: “Il padrone del negozio era responsabile con l’actio institoria per la colpa dei suoi institori nella contrattazione come nella esecuzione di negozi.”.

<sup>116</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 535. Cf. também JUAN PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, Vol. I, Tradução de Isidoro Martin Martinez e Antonio Reverte Moreno, Valladolid, Libreria Santaren, 1942, pp. 163 e seguintes.

<sup>117</sup> A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 102.

- b) *Actio exercitoria*<sup>118</sup>, aplicável quando o filho ou escravo tenha contraído a dívida no exercício duma atividade comercial marítima, como capitão de um barco (*magister navis*), do qual fosse armador o seu *paterfamilias* ou *dominus*, respetivamente, sendo então este responsável do mesmo modo que este<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> A. D'ORS / P. FUENTESECA F. HERNANDEZ-TEJERO / M. GARCIA-GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I – Constituciones, Preliminares y Libros 1 – 19, ob. cit., pp. 539 e seguintes.

<sup>119</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., pp. 535 e 536. O Autor considera que não se inclui nesta categoria a *actio de in rem verso utilis*, aplicável quando um terceiro não autorizado negociava com outrem e o beneficiário deste ato podia ser acionado devido ao proveito que dele tivesse retirado. Cf. também A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 102.

## Direito romano

I. O tratamento da responsabilidade civil, em especial a responsabilidade obrigacional por fato de outrem no Direito romano, terá em consideração as quatro fases reconhecidas pelos estudiosos desta época, nomeadamente<sup>120</sup>:

- a) Época Arcaica (753 a.C. a 130 a.C.);
- b) Época Clássica (130 a.C. a 230);
- c) Época Pós-Clássica (230 a 530);
- d) Época Justiniana (530 a 565).

II. Antes, porém, de abraçarmos a fundo a matéria da responsabilidade contratual no Direito romano, há que antecipar um conjunto de considerações, a saber:

*Por um lado*, parece-nos relevante assinalar que determinados conceitos com que hoje em dia lidamos não eram, ainda, conhecidos do Direito romano<sup>121</sup>. Deste modo, o sentido que pode hoje ser atribuído aos conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva, dever de custódia, negligência, risco, poderá não ter, e certamente não tem, exatamente o mesmo conteúdo nos textos romanos<sup>122</sup>.

*Por outro lado*, verifica-se que, não raras vezes, a doutrina que analisa este tema se centra na busca de uma explicação para a existência, à época, da responsabilidade objetiva, no sentido da admissibilidade da imputação ao

---

<sup>120</sup> Seguimos neste ponto SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (Ius Romanum)*, I – Introdução. Fontes, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1984, pp. 43 e seguintes. Sobre o tema, cf. também D’ORS, *Derecho Privado Romano*, Octava edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, pp. 27 e seguintes.

<sup>121</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapeste, Akadémiai Kiadó, 1981, pp. 28 e 30, sublinha que isto se verifica desde logo quanto à própria noção de contrato, que não tinha então o sentido que hoje lhe é atribuído, ainda que já se pudesse falar nessa época da existência de contratos. Cf. também SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume I – Introduzioni – Diritto della persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso, Seconda edizione, Roma, Athenaeum, 1928, pp. 10 e seguintes.

<sup>122</sup> É bastante expressiva a afirmação de JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, ob. cit., p. 2196: “La vérité, est-il permis d’ajouter, est que ni l’Ancien Droit, ni le C. Nap. Lui-même, ont attribué à la notion de faute (contractuelle ou délictuelle) la précision et l’importance tyranniques qu’elle devait prendre dans le psychologisme du XIXe. s.”.

agente com ausência de quaisquer considerações de culpa. Ora, este propósito acaba por frequentemente condicionar a pesquisa e as próprias conclusões a que esses autores chegam, tornando difícil a investigação.

III. Não é pacífica a questão de saber se, no Direito romano, a responsabilidade extracontratual precede a responsabilidade contratual<sup>123</sup>. Certo é que muitos autores se pronunciam neste sentido. Contudo, a nível contratual há sinais remotos do reconhecimento da responsabilidade do devedor pelo incumprimento, conhecendo-se também situações de extinção da obrigação por força maior, como era o caso do legado: a obrigação do herdeiro extinguia-se, não quando a coisa perecesse, mas somente quando tal perecimento fosse devido a um fenómeno que lhe fosse externo, ou seja, devido a um caso de *vis maior* ou de *casus minor*<sup>124</sup>. Deste modo, podia concluir-se que, nos restantes casos, o não cumprimento da obrigação originava responsabilidade do obrigado, no sentido da obrigação de indemnizar, ainda que o pudesse ter de fazer à custa da sua própria pessoa. Assim, com Scialoja, poder-se-á afirmar que “*Conseguenza dell’atto illecito è sempre l’obbligazione all’indennizzo o rissarcimento del danno verso la parte lesa*”<sup>125</sup>.

IV. Um entendimento que se afigura possível é o defendido pelos Mazeaud, para quem o Direito romano, em matéria de responsabilidade, se caracteriza pela ausência de uma demarcação clara entre os dois domínios de responsabilidade, ou seja, o delitual e o contratual<sup>126</sup>. Contudo, também assinalam um aspeto que não se mostra de somenos importância: a *Lex Aquilia*

---

<sup>123</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 558, mostra que a questão não é pacífica, não faltando quem defenda a precedência do contrato. Cf. também MARIO TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, *Obbligazioni – Omicidio*, Milão, Giuffrè Editore, 1979, pp. 1 e seguintes.

<sup>124</sup> LUDOVICO BARASSI, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, em *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Nuova Serie, Vol. III (dell’intera collezione Vol. LXII), p. 76.

<sup>125</sup> VITTORIO SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, ob. cit., pp. 480 e 481.

<sup>126</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 41, onde sublinham que, no Direito romano clássico, os problemas de responsabilidade contratual foram objeto de um estudo fragmentário.



apenas reprimia os danos resultantes de fatos positivos, ou seja, de ações, o que poderá explicar a ideia de que a responsabilidade delitual precede a contratual, já que, nesta última, na maioria das vezes, existe uma abstenção do devedor. Ora, como vigorava então um sistema de ações, o fato de não haver um ato positivo impedia o credor de recorrer à *actio legis Aquiliae*, podendo esta circunstância ter contribuído para uma dualidade de responsabilidades que, originariamente, não existiria<sup>127</sup>.

A diferenciação entre obrigação emanada de contrato e de delito parece ter surgido apenas com clareza em Gaio, nas *Istitutiones*<sup>128 129</sup> e na *Res Cottidianae*, com a categorização das obrigações em *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex delicto*, *quasi ex delicto*<sup>130 131</sup>. Gaio reconhecia os quatro delitos tradicionais, ou seja: *furto*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*<sup>132 133</sup>. Por sua vez, contratos, ou *contractus*, eram atos lícitos, assentes “*num acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, com vista ao estabelecimento ou constituição de um ou mais vínculos obrigacionais*”<sup>134 135</sup>.

---

<sup>127</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 42.

<sup>128</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 118. Cf. ainda SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume II – *Obbligazioni ed azioni – Diritto ereditario – Donazioni*, Segunda edição, Roma, Athenaeum, 1928, pp. 28 e seguintes.

<sup>129</sup> FRANCISCO SAMPER, *Institutiones juridicas de Gayo. Texto y traducción*, Barcelona / Buenos Aires / México D. F. / Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 249 e seguintes.

<sup>130</sup> Assim, cf. UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 559; ANTONIO MARCHI, *Storia e concetto della obbligazione romana*, Roma, Athenaeum, 1912, pp. 19 e seguintes; G. LEPOINTE / R. MONIER, *Les obligations en Droit Romain et dans l'ancien Droit Français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954, pp. 67 e seguintes; GIUSEPPE GROSSO, *Le idee fondamentali del diritto romano*, Segunda edição, Torino, Eri classe unica, 1958, pp. 4 e seguintes e pp. 34 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Problemi generali del diritto attraverso il Diritto Romano*, Segunda edição, Torino, G. Giappichelli Editore, 1967, pp. 111 e seguinte; PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Huitième édition, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, pp. 417 e seguintes; GUIDO ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del Diritto Italiano. Parte generale*, Volume Primo, Milão, Giuffrè Editore, 1952, pp. 29 e seguintes.

<sup>131</sup> JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO, *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos*, Valência, Editorial Horizontes, s.d., pp. 17 e seguintes.

<sup>132</sup> GIAN GUALBERTO ARCHI, *L'«Epitome Gai»*. *Studio sul tardio Diritto Romano in Occidente*, Milão, Antonino Giuffrè, 1937, p. 423, acrescentando: “*dopo di che si conclude, seguendo quasi parola per parola il modello: «quarum omnium rerum uno genere ex delicto nascitur obligatio»*”.

<sup>133</sup> ANTONIO MARCHI, *Storia e concetto della obbligazione romana*, ob. cit., pp. 59 e seguintes.

<sup>134</sup> Assim, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, em *Revista Jurídica*, N.º 21, Junho, 1997, p. 85. O Autor salienta, contudo, a existência de teses opostas, para as quais o consenso não seria necessário.

V. No que concerne à introdução de terceiros no esquema obrigacional, nota-se que a regra no Direito romano era a da intransmissibilidade da posição jurídica do devedor. A obrigação era pessoal e, nessa medida, intransmissível, a menos que houvesse novação<sup>136</sup>. Não obstante, em contrapartida, tanto o recurso a auxiliares como a substitutos era, em regra, permitido; em relação a estes últimos tal justificava-se na medida em que, por meio da subcontratação, não era modificada a pessoa do devedor<sup>137</sup>.

Neste sentido, por exemplo, no contrato de empreitada, o empreiteiro podia recorrer quer a auxiliares, quer a substitutos, contanto que não tivesse sido convencionada a execução pessoal, nem tal fato contrariasse o interesse do credor<sup>138</sup>. Os textos romanos parecem igualmente indiciar que era frequente a substituição do mandatário, bem como eram admitidos o subdepósito e o subcomodato<sup>139</sup>.

VI. No que respeita especificamente ao tema em estudo, assinala-se que a ideia de responsabilidade pelos atos de outra pessoa é, na verdade, muito antiga, tendo origem, tanto quanto parece, na organização social baseada no clã<sup>140</sup>: no clã, a ideia do grupo, ou coletivo<sup>141</sup>, prevalecia sobre a individualidade dos membros que o integravam<sup>142</sup>. Assim, a experiência histórica revela-nos que em tempos muito antigos o grupo era, em termos coletivos, chamado a

---

<sup>135</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 60, assinala que os Romanos observavam o caso concreto, em função do tipo de negócio submetido à apreciação, mas que, não obstante, a doutrina moderna pôde deduzir destas soluções as regras gerais da teoria do negócio jurídico. Por sua vez, considerando o *contractus* como a fonte mais antiga de obrigações, cf. EMILIO BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, ob. cit., p. 109.

<sup>136</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 59.

<sup>137</sup> Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 59.

<sup>138</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 61.

<sup>139</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., pp. 63 e 64.

<sup>140</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, Cinquième Édition, Paris, Montchrestien, 1973, pp. 442 e 443, onde salientam que hoje em dia a responsabilidade por fato de outrem tem em vista proteger a vítima contra a provável insolvabilidade do autor direto do dano, bem como o intuito de incentivar o cumprimento da obrigação de vigilância.

<sup>141</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 525.

<sup>142</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 827.

responder pelo ato de um dos seus membros<sup>143</sup> <sup>144</sup>. Apenas com o desenvolvimento da estrutura familiar terá começado a desaparecer a responsabilidade do grupo e a ser desenvolvida uma responsabilidade individual<sup>145</sup>.

VII. De referir ainda, por último, que no Direito romano as restrições aos procedimentos excessivamente formais eram ultrapassadas através de medidas tomadas pelos oficiais responsáveis pela administração da justiça, ou seja, os pretores, que levaram a cabo a introdução à admissibilidade de ações com base na boa fé<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, p. 692.

<sup>144</sup> Cf. também NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, p. 190, onde refere que, nos primórdios, a pena assumia um carácter privado e não público, ou seja, era devida de grupo para grupo, e não de indivíduo para indivíduo.

<sup>145</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 827, onde sublinham que, no entanto, na Idade Média ainda surgem ideias de responsabilidade com base no grupo, mas em que o fundamento seria já a falta de vigilância adequada do autor da lesão.

<sup>146</sup> MARTIN JOSEF SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, em *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 65.

## Época arcaica ou pré-clássica

I. Na época pré-clássica, o conceito que hoje conhecemos de obrigação, aliado à ideia de responsabilidade, não estava ainda construído<sup>147</sup>. Só posteriormente, com Justiniano<sup>148</sup>, terá sido definida a obrigação como um vínculo legal, pelo qual uma pessoa ficava na necessidade de realizar um certo dever, estando sempre associado a este dever a respetiva responsabilidade, ou seja, a possibilidade de ser forçado ao cumprimento ou a fazer a coisa mais próxima possível, à custa do devedor. Porém, como salienta Jolowicz, “*In the early stages of law, on the other hand, these two things, duty and liability, are by no means necessarily combined*”<sup>149</sup>.

Neste período, não era ainda clara a diferenciação entre delito e contrato<sup>150 151</sup>, enquanto fontes diversas da obrigação<sup>152</sup>. Esta particularidade acentua a importância do estudo histórico da responsabilidade delitual, especialmente os casos de responsabilidade sem culpa do agente.

II. Na época arcaica, o principal marco relativo à responsabilidade civil resulta da Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, 449 a.C.)<sup>153 154 155</sup>.

---

<sup>147</sup> Nem, aliás, o conceito de contrato, como salienta FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, 445.

<sup>148</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1962, p. 176, sublinha as três grandes obras deste Imperador, publicadas entre 528 e 534: o *Código*, o *Digesto* e as *Institutas*.

<sup>149</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 161.

<sup>150</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 38, refere não ser certo se a palavra *contractus* tinha exatamente o mesmo conteúdo que atualmente lhe é atribuído.

<sup>151</sup> GIUSEPPE GROSSO, *Le idee fondamentali del diritto romano*, ob. cit., pp. 4 e seguintes.

<sup>152</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 162.

<sup>153</sup> SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (Ius Romanum)*, I – Introdução. Fontes, ob. cit., p. 178, refere que a lei terá sido elaborada nos anos 451 a 449 a.C., tendo tido a sua origem na reivindicação dos plebeus, por entenderem que as leis não podiam ser reservadas como privilégio dos sacerdotes-pontífices. Assim, deveria passar a existir uma *lei escrita*, assente na igualdade entre patrícios e plebeus. Na p. 184, dá-nos conta de que esta lei nunca foi formalmente revogada, tendo por isso mantido a sua vigência até ao *Corpus Iuris Civilis*. Sobre a Lei das XII Tábuas, cf. SÍLVIO A. B. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado*, 2.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro – São Paulo, Companhia Editora Forense, 1961.

<sup>154</sup> Segundo MICHÈLE DUCOS, *L'influence grecque sur la Loi des Douze Tables*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978, p. 53, existe uma dupla influência grega na Lei das XII Tábuas:

Aspeto comum ao delito e ao contrato era a circunstância de o Direito romano não conhecer uma categoria geral de nenhum deles, ou seja, inexistir uma categoria geral de delito e, bem assim, uma categoria geral de contrato, havendo, ao invés, figuras específicas<sup>156 157</sup>.

Esta Lei era organizada por temas, sendo que ao presente estudo interessa em especial a Tábua VII<sup>158</sup>, dedicada aos delitos<sup>159</sup>, abrangendo os crimes e outras condutas ilícitas<sup>160 161</sup>. Os *malefícios*, correspondentes a casos de responsabilidade civil, eram tipificados nesta Lei<sup>162</sup>.

---

por um lado, há disposições que foram inspiradas no regime grego, e, por outro, há um seguimento do ponto de vista técnico. Exemplo da primeira situação era a própria lei de talião (p. 56). De notar que, a p. 60, o Autor acaba por concluir que não se trata, em sentido próprio, de copiar as disposições gregas, mas antes de ir buscar inspiração a alguns regimes de carácter geral. Relativamente ao segundo aspeto, sublinha as duas características principais desta Lei: o emprego constante de condicionais (*si in ius uocat*, etc.) e de expressões relativas à lei, ou seja, gerais e abstratas (p. 64).

<sup>155</sup> Cf. ainda RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, 17.<sup>a</sup> edición, Tradução de W. Roces, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, pp. 39 e seguintes, e, bem assim, EUGÈNE PETIT, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, Septième édition, Paris, Arthur Rousseau, Éditeur, 1913, pp. 9 e seguintes; GEORGES BRY, *Principes de Droit Romain*, Cinquième édition, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911, pp. 8 e seguintes.

<sup>156</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 557.

<sup>157</sup> RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, ob. cit., pp. 354 e seguintes.

<sup>158</sup> Acerca dos diferentes títulos e conteúdos de cada tábuas, cf. SÍLVIO A. B. MEIRA, *A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado*, ob. cit., pp. 193 e seguintes.

<sup>159</sup> Segundo M. EUGENIO LAGRANGE, *Manual del Derecho Romano*, ob. cit., p. 443, por delito entendia-se *un hecho dañoso, especialmente previsto y caracterizado como delito por la ley por medio de una acción particular á él*, podendo ser público ou privado. Ainda de acordo com este Autor, os delitos privados davam lugar a uma dupla ação: "*la una, que tiene por objeto castigar al autor del hecho (...); la otra, que tiene por objeto obtener la reparación del daño causado por el acto ilícito*".

<sup>160</sup> G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume I – Colpa extra-contrattuale, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1903, p. 17, assinala que a Lei não continha propriamente uma preocupação de regular os delitos em especial, mas antes de impor a obrigação de indemnizar o dano injusto. Cf. ainda PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Xa. Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 1966, pp. 99 e seguintes.

<sup>161</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Quattoedicesima edizione, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Noveve, 1994, pp. 363 e 364, considera que, o delito seja entendido como "*violazione di una norma posta nell'interesse collettivo*", no Direito romano eram conhecidas duas categorias, correspondentes aos delitos públicos ou crimes e aos delitos privados, sendo estes uma *lesione personale*, è sentito come offesa all'individuo e legittima una reazione individuale.

<sup>162</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 402.

III. A responsabilidade obrigacional tem origem na Tábua III<sup>163</sup>. No âmbito contratual, a Lei das XII Tábuas<sup>164</sup> <sup>165</sup> admitia três formas legais de contrato, nomeadamente a *mancipatio*, a *stipulatio*<sup>166</sup> e a *iure in cessio*<sup>167</sup>. Embora não expressamente reconhecido, Diósdí considera ser muito provável que, à época, já existisse o *mutuum*, sendo ainda questionável se o depósito<sup>168</sup> era então conhecido como contrato independente da *fiducia*<sup>169</sup>.

Era também já conhecido o *depositum*, então um contrato gratuito, em que uma pessoa atribuía a outra a custódia de uma coisa, por regra um objeto valioso, estabelecendo esta Lei uma ação a favor do depositante, pela qual este tinha direito ao dobro da coisa depositada, caso a mesma se perdesse. Tratava-se de uma ação penal especial, assente na violação do dever de lealdade por parte do depositário<sup>170</sup>.

Para além destas, falava-se ainda no *nexum*<sup>171</sup>, para designar os devedores que haviam obtido um empréstimo de dinheiro em condições muito

---

<sup>163</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 406.

<sup>164</sup> ELIANE MARIA AGATI MADEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, ob. cit., p. 4, dá-nos conta do processo de elaboração desta lei, por iniciativa do tribuno Gaio Terentilio Arsa, em 462 a.C., o qual se incluiu um estudo das Leis de Sólon. De relevo é ainda a circunstância de o texto completo da Lei das XII Tábuas não ter chegado até hoje, havendo apenas referências ao seu conteúdo por parte de juristas, historiadores, poetas e gramáticos romanos (p. 7).

<sup>165</sup> Como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do Direito Privado como Direito Comum Português*, em *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 105, “O Direito civil é o Direito da cidade e dos cidadãos (cives), surgindo, no final da República romana, para designar o conjunto representados pelos XII Tábuas e pelas leis subsequentes”.

<sup>166</sup> Sobre a *stipulatio*, cf. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., pp. 108 e seguintes, salientando que era a forma mais utilizada. Cf. também GUIDO ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del Diritto Italiano. Parte generale*, Volume Primo, ob. cit., pp. 85 e seguintes.

<sup>167</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 30. Na p. 31, o Autor acrescenta que “*The Twelve Tables, therefore (...) proved to be very economical in respect of contractual forms.*”. A *mancipatio* era a forma mais comum, cumprindo a função hoje atribuída à venda e à doação.

<sup>168</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 123, identifica três requisitos: 1) a entrega da coisa; 2) com a finalidade de guarda e conservação gratuita; 3) a obrigação de o depositário devolver a coisa logo que o depositante assim o solicitasse.

<sup>169</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 31, onde afirma “*It is advisable, therefore, not to classify mutuum among the contracts of the ancient law – by way of precaution.*”.

<sup>170</sup> FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, ob. cit., p. 495.

<sup>171</sup> Sobre a origem romana da obrigação, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito

severas, que tornavam muito difícil o seu ressarcimento, sendo que, se tal não se verificasse, poderiam ser obrigados a trabalhar para o credor, a ele se encontrando, literalmente, *ligados*<sup>172</sup>. Segundo Diósdí, é no entanto discutível se o *nexum* correspondia a uma forma independente de contrato, para além das três categorias reconhecidas na Lei das XII Tábuas<sup>173</sup>.

IV. A existência da dívida e a condenação do devedor era decretada judicialmente, ao que se seguiam 30 dias de benevolência, podendo o devedor solver a dívida nesse período. Caso contrário, operava a *manus iniectio*, sendo o devedor capturado e levado a juízo. Se nem o devedor nem o terceiro cumprissem, o credor poderia levar o devedor, mantendo-o em cárcere privado, que podia perdurar durante um período de 60 dias, em que o devedor poderia ser levado a feiras, com vista a que alguém o resgatasse, podendo também o próprio devedor entregar-se ao credor – *nexum dare*. Após o decurso dos 60 dias, o credor podia ficar com o devedor, como seu escravo, vendê-lo ou matá-lo<sup>174 175</sup>.

Contudo, é de referir que é duvidoso saber se, à época, a Lei das XII Tábuas conhecia a responsabilidade pelos danos causados ao credor, em consequência do incumprimento contratual<sup>176</sup>. Havia sanções para o

---

européu. Dogmática geral, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 35 e seguintes. Cf. também UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 557, considera que o *nexum* “*implica certamente un vincolo per cui ad una persona, che si trova in una data situazione giuridica, derivata una costrizione materiale; onde il soggetto cadeva in uno stato di prigionia di fatto, e forse riscattava il debito col suo lavoro.*”.

<sup>172</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 167.

<sup>173</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 30.

<sup>174</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 406.

<sup>175</sup> Neste sentido, cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (Ius Romanum)*, I – Introdução. Fontes, ob. cit., pp. 185 e seguintes, em especial a p. 191.

<sup>176</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 36, onde refere que, originariamente, a palavra *damnum* significava dano, o mesmo que *noxia*. Porém, ao tempo da Lei das XII Tábuas, o conceito de dano não era uniforme, embora já existissem as noções de dano e compensação. Na p. 37, o Autor conclui: “*As in the age of the Twelve Tables contracts were not agreements, as yet, for a future fulfillment but more or less spot transactions, it was not necessary or possible to apply compensation as a sanction*”. Com efeito, o único contrato que implicava uma obrigação a cumprir no futuro era o mútuo, sendo que neste caso a consequência do incumprimento não exigia uma fixação de compensação, já que o montante estava previamente fixado.

incumprimento contratual mas resta saber se uma dessas poderia ser a obrigação de indemnizar<sup>177</sup>. Diósdí considera que, embora a compensação já fosse conhecida nesse tempo, não seria uma das consequências do incumprimento contratual, mas devido à estrutura dos próprios contratos, que implicavam o imediato cumprimento, não constituindo obrigações para o futuro<sup>178</sup>.

V. A nível extracontratual, os delitos eram taxativamente enunciados, neles se incluindo<sup>179</sup>: (a) o *furtum*, (b) o dano na propriedade, (c) a *iniuria* e (d) outros delitos de carácter geral<sup>180</sup>. A última categoria abrangia alguns casos que, nos moldes atuais, seriam integrados na responsabilidade obrigacional, a saber, o não cumprimento da obrigação de restituição por parte do depositário, tendo então de pagar o dobro (Tábua VIII, 19)<sup>181</sup>.

Segundo alguma doutrina, na Lei das XII Tábuas um agente podia ser responsabilizado pelos danos causados a outrem, independentemente do seu estado subjetivo, “*no distinction being, as a rule, drawn between intentional, negligent, and accidental acts, but this principle was no longer applied without exception*”<sup>182</sup>.

VI. Nos termos da Tábua VII, se um cavalo ou outro animal de quatro patas causasse prejuízo a outrem, o dono ficava obrigado a reparar esse dano

---

<sup>177</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 37, referindo a *auctoritas* e a *fides* e acrescentando que era questionável se a possibilidade de execução pessoal do devedor sem prévio julgamento podia ser incluída neste grupo.

<sup>178</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 37.

<sup>179</sup> JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO, *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos*, ob. cit., pp. 97 e seguintes; SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume II, ob. cit., pp. 320 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., pp. 207 e seguintes; GIANNETTO LONGO, *Manuale Elementare di Diritto Romano*, ob. cit., pp. 349 e seguintes.

<sup>180</sup> Sobre o tema, H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., pp. 170 e seguintes.

<sup>181</sup> RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, ob. cit., pp. 417 e seguintes.

<sup>182</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., pp. 177 e 178, indicando o caso do homicídio.



ou, em alternativa, a abandonar o animal<sup>183</sup>. Esta era a chamada ação de *pauperie*<sup>184</sup>, relativa aos danos causados por animais domésticos, pelo que se tratava já aqui de uma situação de responsabilidade sem culpa<sup>185</sup>, ou, pelo menos, sem que se verificasse a imputação do dano a uma conduta específica do agente. A responsabilidade seria, então, objetiva<sup>186</sup>.

Relevante mostra-se ainda a Tábua XII, sobre matérias complementares, na medida em que nela se estabelecia que *Si servo furtum faxit noxiamve noxit*. Assim, como os escravos eram considerados incapazes<sup>187</sup> <sup>188</sup>, praticando eles algum delito seria o seu dono a responder, por meio da chamada ação noxal<sup>189</sup> <sup>190</sup>, em que o escravo que furtou ou causou um dano a outrem devia ser entregue ao lesado, com conhecimento do seu dono, a título de indemnização<sup>191</sup> <sup>192</sup>.

As ações noxais<sup>193</sup> eram aplicáveis aos danos causados por escravos ou por menores que se encontrassem debaixo do poder de alguém, sendo este o

---

<sup>183</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 426, explicando que esta opção constituía um ponto de equilíbrio entre a regra de que cada um apenas é responsável pelo seu próprio fato, e, por outro lado, a necessidade prática de reparar os prejuízos causados por animais ou escravos.

<sup>184</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 366, refere que esta ação era dirigida “contro il padrone di un animale domestico che per essere indomito o per altra causa sua propria ha arrecato danno ad altri”.

<sup>185</sup> MICHÈLE DUCOS, *L'influence grecque sur la Loi des Douze Tables*, 56, salienta que regime semelhante já se encontrava no Código de Hamurabi.

<sup>186</sup> EMILIO BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, Ristampa inalterata della seconda edizione, Pádua, Cedam, 1947, pp. 232 e 233: “Manca in tal caso un torto, e non c'è, propriamente, che una responsabilità oggettiva, indipendente da quel torto che ne costituisce il presupposto normale.”.

<sup>187</sup> JUAN PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, Vol. I, ob. cit., pp. 171 e seguintes; SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume I, ob. cit., pp. 193 e seguintes; GIUSEPPE GROSSO, *Le idee fondamentali del diritto romano*, ob. cit., pp. 91 e seguintes; GEORGES BRY, *Principes de Droit Romain*, ob. cit., pp. 37 e seguintes; W. W. BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge, University Press, 1928, pp. 34 e seguintes.

<sup>188</sup> A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., pp. 50 e seguintes.

<sup>189</sup> FRANCISCO SAMPER, *Instituciones jurídicas de Gayo. Texto y traducción*, ob. cit., pp. 353 e seguintes. Cf. também W. W. BUCKLAND / ARNOLD D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Cambridge, University Press, 1965, pp. 112 e seguintes.

<sup>190</sup> SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume II, ob. cit., pp. 378 e seguintes.

<sup>191</sup> ELIANE MARIA AGATI MADEIRA, *A Lei das XII Tábuas*, ob. cit., p. 15.

<sup>192</sup> RODOLFO SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, ob. cit., pp. 148 e seguintes.

<sup>193</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 557, assinala que o contrato surgiu por imitação do delito, precisamente porque através da *ob-ligatio* uma pessoa se obrigava perante outra, ficando numa situação de sujeição pessoal, numa espécie de “autoppignorazione”, o que acontecia por meio do *nexum*: “Così, per una imitazione dall'obbligazione da delicto, sarebbe

responsável<sup>194</sup>. Ou seja, sendo o delito cometido por um subordinado, o *paterfamilias* poderia abandoná-lo ao lesado<sup>195</sup>. A esta ação estava subjacente uma ideia de vingança, o que justificava a possibilidade de o responsável *abandonar* o causador do dano ao lesado<sup>196</sup>, em alternativa ao pagamento da quantia que seria devida se o dano tivesse sido causado por uma pessoa livre<sup>197</sup>. Destarte, a responsabilidade noxal impendia não sobre aquele que tivesse praticado o ato, mas antes sobre o seu *pater*, “*per l'impossibilità di farla ricadere direttamente sopra esseri che non hanno una loro capacità giuridica patrimoniale*”<sup>198 199</sup>.

VII. Para uma parte significativa da doutrina, a responsabilidade por fato de outrem tem precisamente a sua origem nas ações noxais de Direito romano, bem como nas ditas *atio de effusis et deiectis*, contra o proprietário de um edifício, pelas coisas que dele fossem arremessadas ou que caíssem sobre os transeuntes<sup>200</sup>.

Destarte, quando um escravo ou uma criança praticava um delito<sup>201</sup>, o responsável era o *paterfamilias*: “*The paterfamilias, in other words, was «vicariously»*

---

*sorta l'obbligazione da contratto*”. Cf. também, sobre o assunto, PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, ob. cit., pp. 705 e seguintes. Sobre estas ações, cf. ainda A. D'ORS / P. FUENTESECA F. HERNANDEZ-TEJERO / M. GARCIA-GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I – Constituciones, Preliminares y Libros 1 – 19, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968, p. 399, definindo-as como “*las que se instituyen contra nosotros, no en virtud de un contrato, sino de un daño ou delito de los esclavos*”.

<sup>194</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 365, afirma que estas eram “*le azioni penali intentate contro il padre di famiglia o il padrone per il delitto privato del figlio o del servo*”.

<sup>195</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 557.

<sup>196</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 365, referindo que esta possibilidade era conhecida como “*cum noxae deditione*”.

<sup>197</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., pp. 178 e 179, sublinhando que, “*If the child was emancipated or the slave manumitted, the liability was transferred to him himself*”.

<sup>198</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., pp. 112 e seguintes. Em especial, afirma que quando as ações noxais foram introduzidas, era duvidoso se quer o filho, quer o escravo, podiam ser civilmente responsáveis, sendo que então não havia a possibilidade de representação na ação.

<sup>199</sup> Cf., sobre o tema, W. W. BUCKLAND, *The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University Press, 1970, p. 365.

<sup>200</sup> Assim, CASIMIRO CARAVELLI, *Per una nuova costruzione della responsabilità pel fatto altrui*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Nuova Serie, Anno XIII, 1938, XVI, pp. 162 e 163.

<sup>201</sup> JAMES HADLEY, *Introduction to Roman Law*, New Haven, Yale University Press, 1939, p. 242, refere que o lesado podia exigir o pagamento do preço mais alto que o animal ou o escravo morto tivesse tido nos 12 meses anteriores ao fato.

*liable for the wrongful acts or persons in his power, but his liability was of a «noxal» character*”<sup>202</sup>. Na mesma linha, Hadley refere que, sendo o delito cometido por um escravo, o seu dono seria considerado responsável através da *actio noxalis*, sendo que, se fosse cometido por um animal ingovernável seria de recorrer à *actio de pauperie*<sup>203</sup>, que era uma ação similar<sup>204</sup>.

O mesmo acontecia a nível contratual: quaisquer ações emergentes de contratos celebrados por filhos ou escravos eram dirigidas contra o pai ou dono, respetivamente<sup>205</sup>. Tratava-se das chamadas *ações adjecticias*, ou responsabilidade acrescentada, baseadas no fato de o dependente (filhos-família ou escravos) ter sido autorizado, pelo seu detentor de poder, a contrair determinada obrigação, ou de lhe ter sido atribuída certa função<sup>206</sup>. Isto explicava-se porque, embora os filhos-família e os escravos tivessem capacidade negocial, os negócios que estes celebrassem, eram, das duas uma<sup>207</sup>:

- a) Ou inválidos;
- b) Ou não podiam ser executados, salvo dentro de estritos limites.

Assim, para satisfazer a pretensão do credor, os romanos criaram ações contra o *paterfamilias*, ou seja, a pessoa que detinha o poder sobre os filhos-família e os escravos. Estas ações não se baseavam na ideia de representação, antes “criavam (ao lado da obrigação às vezes apenas ‘natural’ dos submetidos a poder) uma responsabilidade ACESSÓRIA (por isso *actiones adiecticiar qualitatis*)”<sup>208</sup>.

---

<sup>202</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer, Kluwer, 1990, p. 1118.

<sup>203</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 425, considera que as ações noxais e as ações de *pauperie* constituem a origem da atual responsabilidade por prejuízos causados por animais e outras coisas.

<sup>204</sup> JAMES HADLEY, *Introduction to Roman Law*, ob. cit., p. 244.

<sup>205</sup> Sobre o tema, cf. também GUY FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950, pp. 29 e seguintes.

<sup>206</sup> Assim, MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 91.

<sup>207</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 277.

<sup>208</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 277.

O dono seria responsável, ainda que o escravo houvesse contratado sem a sua aprovação, até ao limite do que tivesse usado em seu benefício, ou, se não fosse esse o caso, até à extensão do *peculium*<sup>209</sup>.

Segundo Max Kaser, “A responsabilidade do dono do negócio pelas dívidas de certos empregados existe ainda quando estas funções foram confiadas a PESSOA LIVRE ou a escravo ALHEIO”, tratando-se de uma responsabilidade assente “na ideia de dependência orgânica”, acrescentando-se à responsabilidade do próprio submetido ao poder<sup>210</sup>.

Sublinha-se que<sup>211</sup>:

- a) Nas *actiones exercitoria* e *istitoria*, não era apenas o titular do poder que respondia pelos negócios dos seus súbditos, como também o empresário, que se tivesse servido de uma pessoa livre ou de um escravo alheio como empregado, respondia no modo previsto por tais ações;
- b) Neste caso, o empresário gozava também de ação direta contra o terceiro que se tivesse obrigado perante o empregado.

Assim, na *actio exercitoria*, p.ex., o armador do navio respondia pelas dívidas negociais do capitão do navio, sendo o capitão uma destas pessoas submetidas ao poder do *pater* ou *dominus* e sendo tais obrigações contraídas nessa qualidade<sup>212</sup>.

Na *actio institoria*, o empresário respondia pelas dívidas negociais do seu empregado (*institor*), contraídas por este como gerente de uma loja, taberna ou estabelecimento comerciais ou industrial, quer se tratasse de pessoa livre ou submetida a poder<sup>213</sup>.

VIII. Buckland e McNair salientam que não havia então responsabilidade por delito se o “agente” não fosse “responsável” pelos seus atos, como acontecia no

---

<sup>209</sup> R. W. LEE, *The elements of Roman Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1949, pp. 354 e 355. O Autor sublinha, na p. 356, que se o contrato tivesse trazido algum benefício ao pai ou dono, podia ser invocada uma *condictio* contra este.

<sup>210</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 91.

<sup>211</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 278.

<sup>212</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 280.

<sup>213</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 280.

caso de danos resultantes de animais ou escravos<sup>214</sup>. Nesta medida, parece que se verificava uma espécie de imputação do dano causado pelo animal ou pelo escravo ao seu próprio dono, justificando desse modo a responsabilidade. Neste sentido, parece ir também Wicke, ao afirmar que, para além da responsabilidade noxal, no *Direito romano se partia do princípio de que o comportamento danoso de uma pessoa não podia ser imputado a outra*<sup>215</sup>.

Porém, parece-nos acertada a opinião de Ferrara neste ponto: há que considerar que *o conceito de culpa estava ainda em desenvolvimento* e não assumia, à data, os contornos que hoje lhe são atribuídos<sup>216</sup>. Com efeito, primitivamente a responsabilidade nem sequer era individual, mas antes coletiva, ou seja, do grupo a que pertencia o agente causador. Só com a afirmação do indivíduo, na época arcaica, é que se começou a fazer uma autonomização da pessoa em relação ao grupo, passando esta a responder, sozinha, pelos seus atos, momento em que se começou a valorar a existência ou não de liberdade de atuação. Portanto, quando surgiu a Lei das XII Tábuas, estar-se-ia ainda numa fase muito preliminar, não havendo grandes desenvolvimentos quanto à culpa, bem pelo contrário, já que esta Lei permitia responsabilizar os animais e as coisas inanimadas pelos danos: assim, relevante era o fato material de ocorrer a violação do direito alheio, mas não sendo tido em conta o elemento da culpa ou imputação<sup>217</sup>.

Segundo Venezian<sup>218</sup>, a existência das ações noxais demonstra que, no Direito romano, a culpa estava longe de ser o único critério de imputação<sup>219</sup>,

---

<sup>214</sup> W. W. BUCKLAND / ARNOLD D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Cambridge, University Press, 1965, p. 348: "Another practical consequence of the fact that in Roman law an action on delict was one for a penalty for wrongdoing, was the rule that there was no liability in delict if the person who did the act was, as we say, «not responsible» for his acts.". Os mesmos autores salientam, todavia, que na Idade Média não era contestada a possibilidade de os animais terem *culpa*, não estando ainda a noção de culpa ligada à de imputabilidade.

<sup>215</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römischen-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Berlim, Duncker & Humblot, 2000, p. 49.

<sup>216</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 443 e seguintes.

<sup>217</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 444.

<sup>218</sup> GIACOMO VENEZIAN, *Opere Giuridiche di Giacomo Venezian*, Volume Primo – Studi sulle obbligazioni, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 540 e seguintes.

entendimento que partilhamos, muito embora sem atribuir a “imputação” o significado que hoje tem.

Por outro lado, parece-nos de assinalar que a responsabilidade apenas era exclusivamente noxal se não existisse qualquer participação do dono no fato<sup>220</sup>. Assim, se o *master* desconhecesse a prática do fato, ou se o tivesse proibido, a sua responsabilidade era noxal; se, em contrapartida, tivesse tomado parte ou atuado, com conivência, a sua responsabilidade seria já a título pessoal.

IX. Por conseguinte, encontra-se no Direito romano uma espécie de responsabilidade por fato de outrem, admitida à época nas seguintes situações:

- a) O *dominus*, não culpado, respondia pela culpa dos filhos e dos escravos;
- b) O habitante de um edifício respondia pelos danos causados pela queda de objetos na via pública;
- c) O responsável por um negócio respondia pela culpa dos seus propostos, submetidos ao seu poder, quando no exercício de tal atividade;
- d) O transportador marítimo e o estalajadeiro eram responsáveis, incondicionalmente, exceto em casos de força maior, pelos objetos a bordo do navio ou inseridos na estalagem.

Para Wicke, estes eram casos excepcionais, em que efetivamente existia responsabilidade por atos de auxiliares<sup>221</sup>. O Autor salienta que a perspetiva dos romanos sobre esta questão não tinha em vista uma fundamentação

---

<sup>219</sup> GUIDO SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, ob. cit., p. 427.

<sup>220</sup> Assim, W. W. BUCKLAND, *The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 114.

<sup>221</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 49.

abstrata, ou seja, a enunciação de um princípio geral<sup>222</sup>, mas antes o tratamento de casos únicos<sup>223</sup>, especialmente no domínio contratual<sup>224</sup>.

Da análise deste elenco parece poder concluir-se que a responsabilidade por fato de outrem era então consagrada em termos muito amplos<sup>225</sup>. Aliás, segundo Ferrara, terá sido devido aos eventuais excessos de uma tão ampla responsabilização que a fase seguinte terá procedido a uma restrição dos casos de responsabilidade por fato de outrem, passando a baseá-los na ideia de culpa, *in eligendo* ou *in vigilando*<sup>226</sup>. Porém, não sendo possível apagar simplesmente o sistema antigo, até porque o comércio se desenvolvia e as necessidades começavam a ser outras, ter-se-á optado por recorrer ao sistema de culpa presumida ou ficcionada<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> Neste sentido, cf. também JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 412.

<sup>223</sup> Neste sentido, cf. também GIAN GUALBERTO ARCHI, *L'«Epitome Gai»*. *Studio sul tardio Diritto Romano in Occidente*, ob. cit., p. 434: “Il titolo delle obbligazioni da contratto è tutta una dimostrazione di questa affermazione. Caratteristica poi è la presenza nell'Ep. di quel fenomeno delle formule esemplificative”.

<sup>224</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., pp. 49 e 50.

<sup>225</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 444 e 445.

<sup>226</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 445.

<sup>227</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 445 e 446.

## Época clássica

I. O estudo das fontes romanas nesta época foi especialmente protagonizado pelos juristas alemães, no século XIX, tendo sido desde então objeto de um debate intenso<sup>228</sup>. Segundo Wicke, o estudo da matéria não é fácil, até porque, para além da grande variedade de opiniões, alguns fragmentos históricos terão sido alterados pelos compiladores, afetando a sua substância original<sup>229</sup>.

II. De acordo com o entendimento maioritário, o sistema clássico de responsabilidade contratual romano vigente até ao século III caracterizava-se por, *em regra*, assentar na culpa do devedor<sup>230</sup>, configurando um sistema de responsabilidade subjetiva<sup>231</sup>, fundada no dolo ou na mera culpa<sup>232</sup>. Esta opinião não é totalmente pacífica, já que, por exemplo, Arangio-Ruiz afirma que a responsabilidade contratual romana não podia, nesta época, ser reconduzida ao duplo paradigma do dolo e da culpa, na medida em que esta bipartição apenas passou a ser conhecida no período justinianeu<sup>233</sup>. Para este Autor, havia antes um duplo sistema de responsabilidade contratual: responsabilidade por dolo e responsabilidade objetiva<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 50.

<sup>229</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 51.

<sup>230</sup> JUAN PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, Vol. II, Tradução de Isidoro Martin Martinez e Antonio Reverte Moreno, Valladolid, Libreria Santaren, 1942, pp. 51 e seguintes.

<sup>231</sup> VITTORIO SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, ob. cit., pp. 180 e seguintes, destaca que a doutrina da responsabilidade contratual, quer por ação, quer por omissão, foi obra de Juliano, respeitando então aos negócios de boa fé, tendo sido no período justinianeu estendida a todas as relações jurídicas.

<sup>232</sup> No mesmo sentido, ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 269.

<sup>233</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 381.

<sup>234</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 384, sublinhando que Gaio não considerava uma terceira categoria, entre o dolo e a custódia, ou seja, não admitia então a responsabilidade por mera negligência. Assim, a p. 385, afirma que “*Che l'idea della culpa come base della responsabilità sia tardiva, è indiscutibile.*”. Porém, o Autor reconhece que, no *Digesto*, a palavra culpa é utilizada repetidamente, mas considera que, à época, era usada em sentido literário, exprimindo um simples nexos causal, e não como infração contratual.



III. O conceito de culpa não estava ainda nesta época suficientemente desenvolvido: certo é que o ato deveria ser ilícito, mas não tinha de se demonstrar que poderia ter sido evitado pelo agente<sup>235</sup>.

Autores como os Mazeaud, afirmam que *“En matière de responsabilité contractuelle, le droit romain classique n’ignorait pas non plus tout à fait la nécessité de la faute; mais il est loin de lui avoir donné la place que l’on croit”*<sup>236</sup>. Portanto, exigiria-se um *delito*, uma infração, mas sem os contornos que hoje lhe atribuímos.

Apoiando o entendimento de Arangio-Ruiz, o sistema aproximava-se mais do que hoje conhecemos como *responsabilidade objetiva*: definidos os contornos do contrato, haveria duas possibilidades:

- a) Tratando-se de certos contratos, que determinavam a obrigação do devedor em termos estritos, a consequência era a de que: *“On applique alors purement et simplement le contrat: toute inexécution engage la responsabilité du débiteur”*, sendo assim inútil apreciar a sua conduta, porquanto apenas o caso fortuito lhe possibilitaria liberar-se da responsabilidade<sup>237</sup>. Contudo, há que referir que, de acordo com uma grande parte da doutrina, o Direito romano não diferenciava, com rigor, entre caso fortuito e força maior, ou pelo menos não o fazia nos seus primórdios;
- b) Nos restantes casos, em que a obrigação do devedor não era, na perspectiva dos juristas romanos, determinada em moldes tão exatos, o devedor estava somente obrigado a atuar de boa fé, sem dolo, numa lógica de cumprimento de um dever geral, com respeito pela *fides et diligentia*<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, Bona, Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi, 1886, p. 67. Cf. ainda, sobre o tema, GIANNETTO LONGO, *Manuale Elementare di Diritto Romano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939, pp. 66 e seguintes.

<sup>236</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 38.

<sup>237</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 39.

<sup>238</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 39, sublinhando que foram apenas os comentadores pós-clássicos que, analisando este regime, retiraram o dever de diligência a obrigação de atuar sem culpa.

Concluía, assim, os Mazeaud, que “*En tous cas, la notion de faute resta toujours fuyante: la question de la nécessité de la faute ne fut jamais posée dans son ensemble; il y eut toujours des cas de responsabilité sans faute*”<sup>239</sup>. O que se torna contrastante com a evolução posterior, no período pós-clássico, em que, como teremos oportunidade de ver, se impõe o princípio de que *não há responsabilidade sem culpa*<sup>240 241</sup>. Princípio este que se identifica com a evolução histórica de um sistema assente na responsabilidade objetiva, para um sistema de responsabilização do indivíduo<sup>242</sup>.

De notar que, segundo Juan Iglesias, apesar destes dados, “*resulta difícil para nosotros conocer los límites dentro de que se mueve, histórica y dogmáticamente, la responsabilidad del deudor*”<sup>243</sup>. Nesta linha, o Autor considera ser absolutamente seguro que, à época, o devedor respondia por dolo e se liberava por caso fortuito, sendo porém discutível se respondia também em caso de mera culpa<sup>244</sup>.

IV. Na época clássica, o conceito de contrato era já entendido como um acordo, reconhecido enquanto tal pelo *ius civile* e celebrado pelas partes com o objetivo de criar uma ou mais obrigações, sendo admitidas quatro categorias, a saber<sup>245</sup>:

---

<sup>239</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 40.

<sup>240</sup> Neste sentido, cf. HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 40, sublinhando que coube a Justiniano a introdução das noções de culpa lata e culpa leve em concreto.

<sup>241</sup> O que, de certo modo, significou um regresso ao Direito Grego, em que a ação assentava na violação culposa de um direito. Sobre o tema, cf. R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 77.

<sup>242</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, ob. cit., p. 191.

<sup>243</sup> JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, ob. cit., p. 435, sublinha que não se encontra, nos clássicos, um critério preciso e uniforme.

<sup>244</sup> JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, ob. cit., p. 435.

<sup>245</sup> FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, ob. cit., p. 448, assinalando que é provável que esta classificação provenha de Gaio; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 101, considera apenas três categorias: contratos formais, reais e consensuais; JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO, *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos*, ob. cit., pp. 41 e seguintes; PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, ob. cit., pp. 508 e seguintes; JUAN PACCHIONI, *Manual de Derecho Romano*, Vol. II, Tradução de Isidoro Martin Martinez e Antonio Reverte Moreno, Valladolid, Libreria Santaren, 1942, pp. 103 e seguintes; Sobre o tema, em pormenor, cf. A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado*

- a) Contratos reais<sup>246</sup> (*re contrahitur obligatio*);
- b) Contratos verbais<sup>247</sup> (*verbis contrahitur obligatio*);
- c) Contratos literais<sup>248</sup> (*litteris contrahitur obligatio*);
- d) Contratos consensuais<sup>249</sup> (*consensu contrahitur obligatio*).

Apenas posteriormente surgiram os contratos *inominados*<sup>250</sup>.

De um modo geral, tratando-se de uma prestação *de dare*, o devedor apenas respondia pela perda da coisa caso esta lhe fosse imputável (*factum debitoris*)<sup>251</sup>. Contudo, *por vezes*, as fontes admitiam um maior âmbito de responsabilidade, nomeadamente nas situações em que o devedor assumisse a chamada obrigação de custódia<sup>252</sup> em relação a uma determinada coisa<sup>253</sup>, caso em que responderia igualmente pela perda dessa coisa, ainda que proveniente

---

Romano, ob. cit., pp. 161 e seguintes; GIANNETTO LONGO, *Manuale Elementare di Diritto Romano*, ob. cit., pp. 289 e seguintes; W. W. BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, ob. cit., pp. 247 e seguintes. Com classificação diversa, cf. PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., pp. 459 e seguintes.

<sup>246</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 563, assinalando que estes são aqueles que surgem com a entrega de uma coisa, dando origem à obrigação de restituir, de que são exemplos típicos o mútuo, a fidúcia, o comodato, o depósito e o penhor.

<sup>247</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 563, definindo estes negócios como aqueles em que o vínculo nasce com a pronúncia de certa palavra, especialmente com uma pergunta e uma resposta, de que é exemplo típico a *stipulatio*.

<sup>248</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 563, pelo qual se operava a anotação do débito ou do crédito do *paterfamilias* nos seus livros.

<sup>249</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 563, sendo aqueles que eram provenientes do *ius gentium*, como a compra e venda, a locação, a sociedade e o mandato.

<sup>250</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 561. O Autor sublinha a dispensabilidade do acordo: "(...) escludono quindi che nella espressione *contractus* vi sia l'idea del consenso: tanto l'uno che l'altro deducono che sono contratti anche altre figure che non riposano su di un accordo.". Com efeito, havendo uma categoria de contratos designados *consensuais*, seria fácil concluir que o acordo não teria de estar subjacente a todos os contratos. Os contratos consensuais eram uma categoria muito ampla, podendo abranger qualquer tipo de acordo e sendo sempre bilaterais, tendo sido distinguidos quatro tipos: coisa contra coisa, coisa contra obra, obra contra coisa e obra contra obra (p. 563).

<sup>251</sup> Neste sentido, JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, ob. cit., p. 437, onde afirma: *Se libera, en cambio, cuando la imposibilidad no depende de un acto suyo, o como dicen los romanos, cuando per eum non stat quominus praestet.*

<sup>252</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, ob. cit., p. 116, salienta que se trata de relações obrigacionais "*in cui al debitore è affidata nel suo proprio interesse una cosa del creditore*", tendo, por conseguinte, "*un onere di vigilanza del debitore e una responsabilità per custodia*". De acordo com este Autor, "*Nella sua origine la responsabilità per custodia è una sorta di responsabilità oggettiva, dipendente dal fatto di aver ricevuto (Empfangshaftung), fondata sul potere di controllo e di conservazione*".

<sup>253</sup> RAYMOND MONIER, *Manuel de Droit Romain. Les Obligations*, ob. cit., p. 227, afirma que quando o devedor assume a obrigação de custódia "*est responsable, par cela seul qu'un acte dommageable a été commis à l'égard de la chose due, abstraction faite de toute négligence de sa part: on peut dire qu'il est responsable de plein droit de tous les dommages qui normalement sont évités, quand on a préposé un gardien (custos) à la surveillance de la chose ou pris toutes les précautions requises*".

de caso fortuito<sup>254</sup>. Entendia-se que tal responsabilidade era, não obstante, ainda de natureza obrigacional, porquanto emanava de uma cláusula nos termos da qual o devedor se obrigava à guarda da coisa.

V. Nas Instituições de Gaio encontrava-se já presente um quadro sistemático de responsabilidade contratual<sup>255 256</sup>. Segundo De Robertis, embora não haja uma regulação concentrada do tema, ele encontra-se tratado a propósito de cada tipo contratual<sup>257</sup>.

Gaio determinava que o *fullo* e o *sarcinator* “*mercedem accipiendo custodiam praestant*”, havendo, assim, uma conexão entre a mercadoria recebida e a custódia, podendo dizer-se que a maior extensão da responsabilidade resultava da percepção da mercadoria<sup>258</sup>. Tratava-se, segundo Arangio-Ruiz, de um caso de responsabilidade objetiva, decorrente da intervenção do pretor, mas que não se reconduzia a uma regra geral aplicável a outros casos nem tinha por base uma lei ou outra fonte escrita. A custódia era, então, entendida não como uma atividade em si, mas como critério de responsabilidade<sup>259 260</sup>.

Destarte, a responsabilidade contratual do devedor era variável, função da posição dos interesses<sup>261</sup>:

---

<sup>254</sup> Neste sentido, GEORGES HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1943, p. 204.

<sup>255</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, em *Studi in Onore di Biondo Biondi*, I, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pp. 375 e 376, refutando a ideia, por vezes referida, da *suprema indiferença de Gaio* em relação ao problema da responsabilidade contratual.

<sup>256</sup> Sobre o tema, cf. ainda JORGE SILVA SANTOS, *Reflexões e conjecturas em tema de contractus no Direito romano clássico*, Lisboa, 2005, pp. 21 e seguintes.

<sup>257</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, ob. cit., pp. 377 e 378, salientando “*la estrema improbabilità che Gaio potesse disinteressarsi dei problemi concernenti la responsabilità contrattuale, i suoi limiti e le cause di esonero*”. O Autor refere, a este respeito, que já no início da época clássica eram conhecidas causas de exoneração do devedor, desde logo a força maior, o caso fortuito, a *bona fides*, etc.

<sup>258</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 125.

<sup>259</sup> Cfr. RENÉ ROBAYE, *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit Romain*, Bruxelas, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Boulevard du Jardin Botanique, 1987, p. 36.

<sup>260</sup> JORGE SILVA SANTOS, *Reflexões e conjecturas em tema de contractus no Direito romano clássico*, ob. cit., pp. 31 e seguintes.

<sup>261</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., pp. 214 e seguintes.

- a) Num primeiro grupo de casos, em que se incluíam a *societas*, o *mandatum*, o *depositum*, a *fiducia* e a *tutela*, o devedor apenas respondia pelo *dolus malus*, ou seja, conduta de consciente má fé<sup>262</sup>;
- b) Noutros casos, o devedor respondia pela *custódia*, o que sucedia quando tinha em seu poder, para seu proveito, coisas que pertencessem ao credor, respondendo assim pelos danos decorrentes da sua insuficiente vigilância, apenas se podendo liberar de tal responsabilidade em caso de força maior, e respondendo também pelo simples furto, mesmo na ausência de culpa própria<sup>263</sup>. Aqui se incluíam o comodatário, o lavadeiro (*fullo*), o remendeiro (*sarcinator*), o barqueiro, o estalajadeiro, o dono de estábulos (*nauta*, *caupo*, *stabularius*), o locador de armazém, o inspetor que aceitasse coisas para examinar, o vendedor, antes de entregar a coisa vendida, o credor pignoratício, o arrendatário de uma coisa e o sócio que trabalhasse com coisas de outros sócios<sup>264</sup>.

VI. Segundo Peter Stein, a responsabilidade obrigacional era diversa em três situações diferenciadas<sup>265</sup>:

- a) Quando uma parte beneficiasse com uma certa transação, era responsável pela *culpa levis*, como acontecia com ambas as partes na compra e venda, o penhor, o depositário, o comodatário;
- b) Aquele que não retirasse benefício do contrato seria apenas responsável pelo dolo e, segundo alguns textos, por negligência grosseira;
- c) Nalguns casos, uma pessoa podia ser responsabilizada pela negligência, de acordo com um critério de culpa em concreto.

---

<sup>262</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 215, sublinhando ainda que, posteriormente, esta responsabilidade passa a abranger também os casos de grave negligência.

<sup>263</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 215.

<sup>264</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 216.

<sup>265</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 533.

VII. Relativamente à responsabilidade por fato de outrem, segundo Christian Rang, estabilizou-se a tese de que o devedor responderia, pura e simplesmente, pelos terceiros, ou melhor, pela *culpa de terceiros*, mesmo que ele próprio não tivesse qualquer culpa<sup>266</sup>. Situação esta que era particularmente notória nos casos do dever de custódia, em que o devedor respondia pelos seus auxiliares, ainda que não tivesse efetivamente a possibilidade de evitar o dano<sup>267</sup>. O objetivo desta imputação era, de acordo com Rang, a existência de um *Direito seguro*, respondendo por isso o devedor pela atuação das pessoas que utilizava, bem como pelos defeitos das coisas que usava<sup>268</sup>.

Podemos afirmar como assente a classificação de quatro grupos de situações<sup>269</sup>:

- a) Casos de assunção lícita dos danos causados por terceiros, mas em que o devedor respondia pela sua própria culpa: p.ex., uma casa vendida incendia-se, por culpa do servo do proprietário, considerando-se este último culpado na escolha ou vigilância daquele;
- b) Casos de assunção lícita dos danos causados por terceiros no cumprimento duma obrigação, incluindo aqui o depositário, quando entregava a coisa depositada a terceiro e esta perecia por culpa deste;
- c) Casos de substituição, não autorizada, para o exercício dum direito ou para o cumprimento duma obrigação, em que o devedor era responsável pela própria violação culposa dos seus deveres negociais, aqui se incluindo o caso dos magistrados, tutores e curadores;

---

<sup>266</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 67.

<sup>267</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 68.

<sup>268</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 68.

<sup>269</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 427 e seguintes.

d) Casos que seriam de efetiva responsabilidade obrigacional *incondicionada* por fato de outrem, incluindo os seguintes:

- a. Um coveiro respondia pelo furto das roupas do cadáver por parte de um dos seus servos<sup>270 271 272</sup>;
- b. Aquele que atribuísse a um empregado a tarefa de vigiar e lavar as roupas de um cliente, responderia, caso este viesse a fugir com estas<sup>273</sup>;
- c. O dono responderia quando um escravo seu incumbido de vigiar uma mula a deixasse fugir, por descuido;
- d. Responsabilidade por *receptum*, prevista em D., 4, 9, quanto ao capitão do navio, ao hospedeiro e ao estalajadeiro, pelos atos de terceiros que pusessem em causa a obrigação de restituir os bens dos passageiros ou clientes, respetivamente, podendo somente liberar-se em caso de força maior<sup>274</sup>. Tratava-se de uma responsabilidade incondicionada, “*per l’integra restituzione degli oggetti, da loro presi in consegna nell’esercizio della loro*

---

<sup>270</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 429. O Autor sublinha que não se tratava, aqui, de *actio quasi institoria*, porquanto nesta estaria em causa um contrato alheio ao próprio principal, celebrado por outrem mas cujos efeitos a lei estendia, obrigatoriamente, ao principal. Pelo contrário, no caso em apreço, tratar-se-ia de uma *actio* com *adiecticiae qualitatis*, conhecidas como *actio exercitoria ed institoria*, que eram aquelas também admitidas contra o pai, pelos contratos concluídos pelo filho, contra o dono, pelos contratos concluídos pelo escravo e contra aquele que exercia determinado comércio, pelos contratos celebrados pelos seus substitutos.

<sup>271</sup> Segundo ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cigala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, p. 44, as *actione adiecticiae qualitatis* eram aqueles “*per le quali un dominus, o dominus negotii restava obbligato accanto ai suoi figli di famiglia, schiavi e gestori di negozio, pei contratti da questi conclusi*”.

<sup>272</sup> SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume I, ob. cit., pp. 215 e seguintes.

<sup>273</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 430.

<sup>274</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 437, considerando estar em causa, em sentido técnico, a obrigação de custódia, justificada pela circunstância de os passageiros e clientes não terem outra alternativa que não a de entregar tais objetos a tais pessoas. O Autor salienta que esta responsabilidade era prevista a título excecional.

*industria”, que correspondia a “una legge di necessità, provocata dalla mancanza di sicurezza delle vie e dei trasporti negli ultimi tempi della repubblica”<sup>275</sup>.*

VIII. Quanto aos dois primeiros casos, embora considerando que configuravam verdadeiras situações de responsabilidade por fato de outrem, Ferrara entende que devem ser eliminados, *“perchè questo effetto segue indirettamente come conseguenza del rapporto istitorio che per disposizione di legge fa sopportare al preponente la colpa dei suoi preposti”<sup>276</sup>.*

No que se refere ao terceiro caso, Ferrara salienta as divergências existentes entre os autores: aqueles que sustentam a existência de uma responsabilidade por fato de outrem nesta época consideram que a expressão *quod eum elegerem*, constante dos textos romanos, não deveria ser interpretada como culpa *in eligendo*, mas antes como responsabilidade objetiva, enquanto os demais consideram que era uma responsabilidade pela culpa na escolha do proposto<sup>277</sup>. Já Ferrara parece adotar um entendimento conciliatório: a dita expressão significava, a seu ver, culpa *in eligendo*, pelo que qualquer outro entendimento que lhe seja dado será arbitrário<sup>278</sup>. Todavia, na sua perspectiva, a referência à culpa não seria mais do que uma *máscara*, ou seja, devido à primazia da culpa na época, esta menção tinha como razão de ser justificar a responsabilidade do principal num caso em que, efetivamente, inexistia culpa. Assim, afirma: *“... questo fr. è uno degli esempi in cui si ammetteva realmente una responsabilità incondizionata per fatto altrui, sebbene formalmente si volesse salvare le apparenze, coprendo questa col mantello ufficiale della colpa, come la bandiera neutrale copre la merce di contrabbando”<sup>279</sup>.* Haveria portanto, segundo esta perspectiva, uma ficção de culpa.

---

<sup>275</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., pp. 152 e 153, sublinhando que, na sua origem, nem sequer se podiam exonerar com base em evento de força maior.

<sup>276</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 430.

<sup>277</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 431, onde afirma: *“sarò responsabile io che ho scelto un servo che ti ha causato un danno”*.

<sup>278</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 431.

<sup>279</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 431.



IX. O quarto caso, correspondente ao *receptum*, não carecia de uma explícita assunção de responsabilidade por parte do devedor. Tal como afirma Arangio-Ruiz, “*al tempo di Ulpiano il receptum veniva inteso, anzichè come un contratto per sè stante, come un elemento naturale del contratto di trasporto marittimo*”<sup>280</sup>. Assim, “*il receptum rappresenti una causa autonoma di obbligazione, che però si verifica automaticamente ogni qual volta gli oggetti sono ricevuti nei luoghi che l’editto contemplava*”<sup>281</sup>.

O *receptum* estava previsto nos éditos como sendo aplicável aos *nauta*, *caupo* e *stabularius*, exigindo que as partes utilizassem a expressão “*recipio*”, por forma a que fosse aplicável este tipo de especial responsabilidade<sup>282</sup>. Desta responsabilidade decorria que os *nauta*, *caupo* e *stabularius* respondiam pelo furto ou danos sofridos pelas coisas que lhes fossem entregues, mesmo que tais atos fossem cometidos pelos seus próprios dependentes<sup>283</sup>. A evolução desta figura conduziu a que a mesma se transformasse, segundo Frezza, numa *espécie de responsabilidade objetiva*, decorrente do simples fato de as coisas serem entregues ao devedor, a bordo, no albergue ou no estabelecimento, podendo apenas o devedor exonerar-se em caso de força maior<sup>284</sup>.

De acordo com os Mazeaud, foram estes casos de responsabilidade contratual por fato de outrem – *nautae*, *caupones* e *stabulari* – que constituíram a origem da responsabilidade delitual, donde se pode ainda verificar que havia uma certa confusão entre os dois domínios<sup>285</sup>.

A responsabilidade pelo *receptum* era afirmada em Ulpiano, sendo independente da culpa do devedor, havendo, assim, uma ampliação da responsabilidade, baseada nas necessidades do comércio, em especial de Direito

---

<sup>280</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> edizione, Nápoles, Nicola Jovene & C. Editori, 1933, p. 109.

<sup>281</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 110.

<sup>282</sup> Neste sentido, cf. PAOLO FREZZA, *Receptum*, em AAVV, *Nuovo Digesto Italiano*, MARIANO D’AMELIO (Org.), Torino, Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1939, p. 1.

<sup>283</sup> PAOLO FREZZA, *Receptum*, ob. cit., p. 1.

<sup>284</sup> PAOLO FREZZA, *Receptum*, ob. cit., p. 2.

<sup>285</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1026 e 1027.

marítimo<sup>286</sup>. Destarte, “*come promittente di espressa custodia, risponde incondizionatamente di ogni sottrazione o danno, non solo per il fatto dei dependentis suoi e dei passeggeri (responsabilità senza colpa), ma anche per il fatto dei terzi, sempre col presupposto limitativo del *damnum fatale**”<sup>287</sup>. Para a sua aplicação não era necessário uma entrega especial da coisa ao devedor, bastando que a mesma se encontrasse a bordo, no albergue ou no estabelecimento, com o conhecimento do devedor ou de alguém autorizado a representá-lo<sup>288</sup>.

Pela nossa parte, parece-nos, contrariamente a Ferrara, que *todos os casos enunciados em quarto lugar configuram responsabilidade por fato de outrem*. Com efeito, em todos eles o agente irá indemnizar um dano que não causou diretamente, mas que foi produzido por ação de alguém que estava sob a sua orientação e direção, ou a quem atribuiu uma determinada tarefa. Em todos eles está ausente qualquer apreciação da conduta do responsável, pelo que parecem assim consubstanciar casos de imputação objetiva.

X. Assim, pelo menos nos primeiros tempos, *a responsabilidade contratual era restrita a dois critérios: o dolo e a custódia*<sup>289</sup>, sendo que a obrigação de custódia existia, pelo menos, nos seguintes casos:

- a) Vendedor, em relação ao objeto vendido;
- b) Comodatário;
- c) Pessoas remuneradas para guardar uma coisa ou *horrearius*, isto é, os depositários profissionais, que têm, normalmente, um armazém onde guarda os objetos que outros lhes entregam, para reparar ou transformar;
- d) Albergueiros, bem como aqueles que exploram navios<sup>290</sup>, que seriam automaticamente responsáveis por todos os danos causados ao objeto

---

<sup>286</sup> Neste sentido, FELICE SEVERINI, *Receptum nautarum*, em AAVV, *Nuovo Digesto Italiano*, MARIANO D'AMELIO (Org.), Torino, Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1939, p. 2.

<sup>287</sup> FELICE SEVERINI, *Receptum nautarum*, ob. cit., p. 2.

<sup>288</sup> FELICE SEVERINI, *Receptum nautarum*, ob. cit., p. 3.

<sup>289</sup> FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, ob. cit., pp. 120 e 121, salientando que não se sabe exatamente a partir de que momento passou a ser admitida também a responsabilidade fundada na mera culpa.

cuja guarda lhes fosse confiada, quer tivessem sido causados pelos seus propostos, quer por terceiros.

Havia algumas dúvidas relativamente ao vendedor: a questão colocava-se quando, entre a celebração do contrato e o momento da entrega da coisa (que coincidia, no Direito romano, com a transmissão da propriedade), a coisa permanecia no poder do vendedor<sup>291</sup>. Para Arangio-Ruiz, admitindo que o risco de perda da coisa vendida mas ainda não entregue corria, em princípio, por conta do vendedor, apenas correndo pelo comprador se a falta de tradição da coisa dependesse de fato que lhe fosse imputável, responderia o vendedor pela custódia se a coisa, não tendo sido entregue no tempo devido, sem culpa de nenhuma das partes, se viesse a perder<sup>292</sup>. Assim, se a coisa fosse furtada antes da tradição, a ação de furto competiria ao vendedor, solução que se baseava na responsabilidade pela custódia que sobre ele impendia<sup>293</sup>. A custódia apenas se aplicava em caso de furto da coisa, e não se esta fosse violentamente tirada ao vendedor, através de roubo, “*perchè la custodia non giova contro la violenza*”<sup>294</sup>.

XI. Por sua vez, no âmbito delitual, eram ainda reconhecidos como *quase delitos* as situações em que uma pessoa proprietária de uma casa era considerada responsável pelos danos causados por outros que nela se

---

<sup>290</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 599: “The principals of a ship, inn or public stable were responsible for theft or damage by those employed by them in the ship”.

<sup>291</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 147 e 148, salientando que com este problema se relaciona um outro, que é a transmissão do risco de perda da coisa vendida. Neste ponto, a doutrina diverge entre aqueles que defendem que *periculum est emptoris*, ou seja, que o risco corre desde logo por conta do comprador, e os que sustentam que no Direito Clássico o risco apenas era transmitido ao comprador no momento da transmissão da coisa. Acrescenta aquele Autor que, por isso, a ideia de que o vendedor teria a custódia da coisa entre aqueles dois momentos teria como objetivo corrigir os defeitos da tese do *periculum*.

<sup>292</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 150.

<sup>293</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 155, assinalando que é assim apesar de o vendedor dever ceder ao comprador o seu direito de ação. Com efeito, se o comprador não conseguir recuperar a coisa, o vendedor responde pela sua perda por via da custódia.

<sup>294</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 157.

encontrassem e atirassem coisas de uma janela ou telhado<sup>295</sup>, situação que se identificava também com uma espécie de responsabilidade por fato de outrem<sup>296</sup>. Era igualmente conhecida a *actio de posito et suspenso*, contra o *habitor* de um edifício, quando de uma varanda ou do teto tivesse caído alguma coisa que estava suspensa ou inclinada. Originariamente, esta seria uma forma de responsabilidade objetiva, mas no período justinianeu terá sido introduzido o elemento da culpa (D. 9, 3, 6, § 2)<sup>297</sup>.

XII. Ainda que com algumas dúvidas, no período clássico, esta responsabilidade aparentava ser uma responsabilidade de natureza objetiva, tendo sido posteriormente nela introduzido um critério de culpa, baseado na má escolha do pessoal<sup>298</sup>.

Porém, no Direito romano a questão da culpa não pode ser analisada em termos absolutamente autónomos em relação à custódia. Como assinala Arangio-Ruiz, para alguns autores, haveria dois tipos de danos: aqueles que poderiam ter sido evitados com a custódia da coisa e aqueles que não eram evitáveis<sup>299</sup>. Para estes, apenas no primeiro caso haveria responsabilidade pela custódia. O problema é que, se assim for, como sublinha o mesmo Autor, “*con la riduzione all’ipotesi della «res quae custodiri potuit», la responsabilità in esame perdeva in buona parte suo carattere di responsabilità oggettiva*”<sup>300</sup>.

Ainda assim, Arangio-Ruiz é da opinião de que os romanos não consideravam a custódia como o último grau de uma escala de responsabilidade, que supostamente teria o seu início no dolo, passando pela culpa e pela *diligentia*<sup>301</sup>: ao invés, considera que faziam uma contraposição

---

<sup>295</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 377, refere que esta era a “*azione de effusis et deiectionis*”, sendo que no direito clássico não seria necessária a culpa do responsável, o que já seria exigido no Direito Justinianeu.

<sup>296</sup> JAMES HADLEY, *Introduction to Roman Law*, ob. cit., p. 244.

<sup>297</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 377.

<sup>298</sup> UGO BRASIELLO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, ob. cit., p. 560.

<sup>299</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 167.

<sup>300</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 168.

<sup>301</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 172, considera que, no período justinianeu, *diligentia* “*serve a caratterizzare il massimo grado di coscienza che si possa pretendere nelle relazioni contrattuali*”.

entre dolo e custódia, ou seja, custódia e dolo seriam delimitativos dos respectivos âmbitos de aplicação<sup>302</sup>. Destarte, *“l’antitesi dolus-custodia è propria dei contratti onde nasce l’obbligo della conservazione di una cosa”*<sup>303</sup>.

XIII. Para Ferrara, não devem ser considerados casos de responsabilidade por fato de outrem os seguintes, uma vez que apelam sempre a uma justificação fundada na culpa<sup>304</sup>:

- a) A encarrega B de fazer a medida de um campo, o que este faz com dolo, considerando as fontes que o dolo do proposto pressupõe necessariamente o dolo do principal;
- b) Um sócio chama, sem o consenso do outro sócio, um terceiro para fazer parte da sociedade e, por culpa deste, a sociedade vem a sofrer danos, devendo aquele sócio responder ilimitadamente<sup>305</sup>;
- c) O caso do transportador marítimo de mercadorias, que se faz substituir por outrem, respondendo somente *si culpa caret* (D. 19, 2).

Contudo, concordando embora com a argumentação de Ferrara, parece-nos que, apesar da justificação *encapotada* da transmissão da culpa do proposto ao principal, haveria aqui, efetivamente, uma situação de responsabilidade por fato de outrem. O que não parece já poder ser aceite é que a culpa fosse extensível a uma pessoa diversa daquela que praticou o fato. No entanto, isso apenas significa que a responsabilidade teria de ser considerada em termos objetivos, e nada mais.

XIV. Assim, verifica-se que na época clássica, como a responsabilidade do devedor era em regra baseada na sua falta pessoal, *não era consagrado, pelo*

---

<sup>302</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 170 e 171.

<sup>303</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 173.

<sup>304</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 432 e seguintes.

<sup>305</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 432, onde salienta que aqui se estaria diante de responsabilidade direta do sócio, por infração ao contrato, e não já responsabilidade por fato de outrem.

menos a nível geral, um princípio de responsabilidade contratual por fato de outrem<sup>306</sup>. Como se referiu, esta situação parecia ser admitida somente a título excecional: (a) nas ditas *actios adjecticiae qualitatis*, aplicáveis quando o pretor acionava o *pater* ou o *dominus* em virtude dos contratos concluídos pelos filhos-família ou escravos, ou ainda contra aqueles que exerciam um determinado comércio, para as obrigações contraídas pelos seus substitutos (*actio quod jossu*)<sup>307</sup>; (b) no caso do *receptum* e da *locatio-conductio operis*<sup>308</sup>.

Diferentemente, no depósito, o depositário respondia somente pelo seu dolo, e não por culpa ou pela custódia<sup>309</sup>. De referir que o depósito era, no Direito romano, um contrato gratuito; se, ao invés, fosse paga uma recompensa, estar-se-ia diante de um contrato *in rem servandam conducere*, ou seja, uma espécie de locação<sup>310</sup>. E, nesse caso, já poderia haver responsabilidade por custódia.

XV. Não se encontra no Direito romano clássico um *princípio geral* de responsabilidade por fato de outrem<sup>311 312</sup>. Porém, resulta com clareza da análise anterior que no Direito romano existiam situações em que o devedor era chamado a responder, mesmo não tendo praticado qualquer conduta que tivesse contribuído para o resultado danoso. Neste sentido, Monier afirma: "*certains débiteurs sont soumis, soit en vertu d'une convention expresse, soit de plein droit, à une responsabilité plus grande, et restent, en particulier, obligés envers le*

---

<sup>306</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., pp. 269 e 270.

<sup>307</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 270 e nota 2.

<sup>308</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 270. Porém, este Autor afirma que se trata de uma "*responsabilité purement objective du débiteur pour ses auxiliaires par le mécanisme de la fiction de faute*", afirmação que se nos afigura incoerente, pois, se a responsabilidade é objetiva, não se alcança como pode ser baseada numa ficção de culpa.

<sup>309</sup> FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, ob. cit., p. 496.

<sup>310</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 118.

<sup>311</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 437. O Autor reforça esta conclusão na p. 442: "*una formulazione generale ed espressa del principio di responsabilità p.f.a. nel diritto Romano manca*", havendo somente "*casi isolati di responsabilità, quasi perduti in una massa di decisioni che s'ispirano al concetto della colpa*", nomeadamente este regime era apenas consagrado em três casos: (i) no *receptum* (a título excecional), (ii) nas relações *istitorias* (indiretamente e sob a forma de garantia legal) e (iii) na *locatio-conductio operis*.

<sup>312</sup> Neste sentido, cf. também JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 412.

*créancier, en cas de vol de la chose ou en case de fuite d'un esclave qu'on avait l'habitude de surveiller: on dit que ces débiteurs sont tenus de la custodia (garde)"*<sup>313</sup>.

Assim, embora não consagrada como princípio, a responsabilidade por fato de outrem era conhecida neste período. Talvez por esta razão, Simoncelli parece criticar a ausência deste princípio: *"Non si comprende perchè il Diritto Romano avrebbe applicato questo principio della responsabilità per colpa altrui solo nel caso della custodia, di questo facere speciale, invece di estenderlo, como si presta, ad ogni farece"*<sup>314</sup>.

XVI. Por outro lado, como se viu, em determinados casos, *"el Derecho romano establece una especial responsabilidad"*, que se reconduzia ao dever de custódia, sempre que *"la conservación de la cosa se confía a uno de los contratantes"*<sup>315</sup>. Este dever terá surgido originariamente a respeito do *fullo*, do *sarcinator*<sup>316</sup> e do comodatário, tendo sido posteriormente estendido ao transporte e à locação de móveis<sup>317</sup>, bem como ao penhor<sup>318</sup>. A análise da custódia, na medida em que traduzia, pelo menos nalguns casos, um agravamento da responsabilidade do devedor, podendo implicar a responsabilidade por fato cometido por terceiro, mostra-se especialmente relevante para o nosso tema.

Saliente-se que o próprio conceito de custódia não é, ainda hoje, pacífico. Para Ferrara, na época clássica, custódia tinha o mero significado de culpa, ou seja, *"non è altro che la diligentia in custodiendo, cioè una forma, una modalità, un'applicazione della diligenza: la diligenza che si esplica nel custodire."*<sup>319</sup>.

---

<sup>313</sup> RAYMOND MONIER, *Manuel de Droit Romain. Les Obligations*, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, Éditions Domat Montchrestien, 1954, p. 227.

<sup>314</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, ob. cit., p. 52.

<sup>315</sup> JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, ob. cit., p. 436.

<sup>316</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 125, refere que na perspectiva de Gaio estavam em causa exemplos típicos de *conductores operum*.

<sup>317</sup> JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, ob. cit., p. 436.

<sup>318</sup> FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, ob. cit., p. 498.

<sup>319</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 441 e 442.

Também Arangio-Ruiz refere que a custódia pode ser entendida em dois sentidos: como atividade humana de salvaguarda de uma coisa e como responsabilidade<sup>320</sup>.

Para Simoncelli, seria inequívoco que o conceito romano de custódia se encontrava, então, conexo com o instituto da culpa<sup>321</sup>. Assim, não releva tanto o sentido comum, de defesa da coisa contra eventos externos, mas o sentido jurídico de *facere*: “*far la guardiã, assiepare, sbarrare, chiudere, che occorrono per salvare la cosa dai danni estrinseci d’ogni genere*”<sup>322</sup>.

Em todas as relações contratuais o devedor tinha de atuar como diligência, obrigando-se a conservar a coisa que lhe fosse entregue e respondendo pela culpa leve. Contudo, esta responsabilidade era, nalguns casos, agravada, tanto pela lei (caso do *receptum*), como por contrato, quando o devedor assumia tal risco. No caso do agravamento estabelecido pela lei para os transportadores marítimos e estalajadeiros haveria, assim, a custódia em sentido técnico<sup>323</sup>.

No entanto, de acordo com Schulz, a responsabilidade pela custódia era uma *responsabilidade por culpa*, sendo definida de modo casuístico e típico, ou seja, no sentido de que o comodatário respondia por certos casos tipificados<sup>324</sup>. Por conseguinte, o comodatário respondia pela perda ou destruição da coisa comodatada que se entendia que poderia ter sido por si evitada, se tivesse adotado um maior cuidado e diligência, p.ex. quando ocorria furto por parte de terceiro. Ao invés, não respondia por casos de força maior.

XVII. Segundo aquela que nos parece a melhor doutrina, a *actio de recepto* decorria da responsabilidade pela custódia, configurando uma *categoria*

---

<sup>320</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 162.

<sup>321</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XIV, Fascicolo I, p.3.

<sup>322</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, ob. cit., p. 11.

<sup>323</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 442.

<sup>324</sup> FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, ob. cit., pp. 492 e 493, onde refere, precisamente, que a responsabilidade por custódia configura uma *responsabilidade por certos casos fortuitos típicos*.



*autónoma de responsabilidade*<sup>325</sup>. Era aplicável ao transportador por mar e ao estalajadeiro<sup>326</sup>, aos quais o cliente houvesse entregue um ou mais bens, com vista a garantir a sua segurança durante a viagem ou estadia<sup>327</sup>. Em caso de dano, perda ou destruição, os obrigados à custódia eram responsabilizados, “*no matter whether he had been at fault or not*”<sup>328</sup>.

Para Stein, a custódia configurava, em sentido próprio, uma situação de responsabilidade objetiva, independente da prática de qualquer delito pelo agente, que funcionava como garantia para o lesado, em que se atribuía a uma pessoa a responsabilidade decorrente dos fatos praticados por outra pessoa<sup>329</sup>.

Também assim Luigi Mengoni, que afirma que, desde sempre, surgiu uma interpretação nos termos da qual a responsabilidade *ex recepto* segue um modelo de imputação objetiva<sup>330</sup>. Assim, esta prestação engloba uma *genérica responsabilidade pelo risco inerente a certa coisa de que se tem a custódia ou a faculdade de utilização*<sup>331</sup>.

Seguindo as palavras de Zimmermann, o obrigado à custódia atuava na qualidade equivalente à do segurador, daí que, originariamente, oferecesse uma garantia absoluta, que abrangia todos os casos de força maior<sup>332</sup>. No entanto, com Labeo/Ulpiano, o *Digesto* (D.4,9,3,1) passou a prever uma regra de equidade, no que à responsabilidade marítima respeitava: assim, não havia responsabilidade em caso de perda do bem devido a naufrágio ou a ataque de

---

<sup>325</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., pp. 514 e 515.

<sup>326</sup> W. W. BUCKLAND / ARNOLD D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Cambridge, University Press, 1965, p. 339, referem que “*In Roman law the special liabilities which rested on carriers and innkeepers all seem to be based on a previous undertaking: there was no «common calling». They were essentially penal liabilities reinforcing the law of contract.*”.

<sup>327</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 515.

<sup>328</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 515.

<sup>329</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 599: “*It was in fact insurance.*”.

<sup>330</sup> LUIGI MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè Editore, 1988, pp. 1072 e seguintes.

<sup>331</sup> LUIGI MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, ob. cit., pp. 1072 e seguintes.

<sup>332</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 560, refere que esta obrigação de custódia estava explicitamente consagrada a propósito do comodatário (D., 13, 6, 5, 5), do usufrutuário (D., 7, 9, 2), do vendedor (D., 18, 6, 3), do capitão do navio e do estalajadeiro (D., 4, 9, 1, 8). Para este Autor, “*It seems to mean obligation to prevent theft and according to some writers, damage by third parties.*”.

piratas<sup>333</sup>. Tratava-se de uma exceção, que tinha de ser invocada pelo obrigado à custódia e que, posteriormente, veio a ser alargada aos outros casos de custódia, designadamente ao estalajadeiro, bem como passou a excepcionar-se outros casos de força maior (*D.4,9,3,1,i.f.*)<sup>334</sup>. Estava, assim, consagrada a custódia como uma forma de responsabilidade.

Zimmermann explica este regime pela circunstância de a reputação dos obrigados à custódia não ser a melhor naqueles tempos, havendo, não raras vezes, suspeitas de conspiração com potenciais ladrões<sup>335</sup>. Porém, o aspeto essencial parecia ser o fato de todos eles se encontrarem numa situação que constituía, em si mesma, as condições necessárias a que surgisse um eventual abuso<sup>336</sup>.

XVIII. Os contornos da obrigação de custódia eram simples: *quando uma pessoa se encontrasse obrigado a guardar uma coisa de outrem, e esta se perdesse, o devedor incorria em responsabilidade*. Este era, assim, um regime mais intenso do que o regime *comum* de obrigações, porquanto esta responsabilidade tanto poderia assentar na própria culpa do devedor, como em outros fatores, alheios ao devedor.

Daí que, segundo alguns autores, a responsabilidade pela custódia fosse uma *manifestação de responsabilidade objetiva*<sup>337</sup>, pelo menos nos casos em que o devedor era chamado a responder por fato de terceiro, designadamente em caso de dano ou furto causado por terceiro. Estes casos, tipicamente incluídos no risco e que, por essa via, originariam a liberação do devedor, são aqui imputados ao próprio devedor<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 515.

<sup>334</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 515.

<sup>335</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 516.

<sup>336</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 516: “Common to these professions was the fact that they were in a position which lent itself to abuse”.

<sup>337</sup> Sem manifestar quaisquer dúvidas a este respeito, cf. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 162: “Si è già detto e ripetuto che si tratta di una responsabilità oggettiva, la cui principale esplicazione è nel tener responsabile l’obligato se la cosa sia stata rubata presso di lui, mentre il limite è nella forza maggiore cui humana infirmitas resistere non potest”.

<sup>338</sup> Neste sentido, também EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 118.

No sentido da responsabilidade objetiva parece pronunciar-se Betti, ao afirmar que “*in questa materia difficilmente poteva disconocere il profilo di una responsabilità oggettiva ricollegata al fatto di aver ricevuto cosa altrui*”, justificando-se tal imputação pelo fato de que “*al debitore è stata affidata nel suo interesse una cosa altrui e che egli deve restituirla integra*”<sup>339</sup>.

Também sem manifestar quaisquer dúvidas a este respeito, Arangio-Ruiz afirma que a custódia, contemplada em Gaio, consubstanciava responsabilidade objetiva. Com efeito, nesta linha de opinião, a responsabilidade objetiva, aplicada à custódia, significava que o risco de furto cometido por outrem era imputado ao devedor, razão pela qual a custódia somente se poderia aplicar a coisas móveis e não a imóveis<sup>340</sup>. Afirma ainda que, após um período em que a mesma foi *deturpada* (substituindo-se a palavra custódia por *diligentia* ou *exactissima diligentia* e determinando-se que a responsabilidade do devedor apenas fosse excluída em caso de *vis maior cui resisti non potest*), a responsabilidade objetiva veio a reaparecer no direito clássico<sup>341</sup>. Para este Autor, há ainda que ter em consideração a utilização, por mais ambígua que seja, da palavra *periculum*, que pode ter dois significados: por vezes, refere-se ao risco de acontecimentos de força maior, em regra por conta do proprietário da coisa; e, noutros casos, por *periculum* entende-se a *custódia*, em sentido técnico, sentido este que é recorrente em vários textos sobre a ação de furto<sup>342</sup>.

XIX. A recondução da responsabilidade pela custódia à responsabilidade objetiva não pode, no entanto, ser feita sem prévia ponderação. Com efeito, é bom ter em consideração que, *à data em questão, o conceito de responsabilidade objetiva era inexistente*<sup>343</sup>. Por outro lado, é inegável que a custódia surge

---

<sup>339</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 117.

<sup>340</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 131.

<sup>341</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. e 100.

<sup>342</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 100 e 101. A páginas 102, o Autor afirma que a expressão *omnes quorum periculo res alienae sunt*, aplicada ao comodatário e à ação de furto, não significa que este suporta o risco de acontecimentos de força maior, mas antes que tem o dever de *custodiam praestare*, no sentido que lhe era atribuído por Gaio, aplicando-se desde logo ao albergador.

<sup>343</sup> Assim, G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, ob. cit., p. 603.

conexionada com o dever de guardar. Assim, é no mínimo duvidoso que se tratasse de responsabilidade objetiva, pelo menos nos moldes em que hoje a conhecemos.

Pelo que, apesar de algumas dúvidas, o entendimento descrito, de que a custódia dava origem a uma responsabilidade objetiva, tem vindo a ser questionado por alguns autores<sup>344</sup>.

Segundo Van Den Bergh, são admissíveis ambas as classificações, consoante a justificação que seja dada: *“The ensuing liability may be justified both ways. One might argue either objectively: «things that are guarded properly cannot be stolen»; or subjectively: «this thing could not have been stolen if you hadn't been negligent in guarding it».”*<sup>345</sup>. Este Autor concorda no entanto que, no seu conteúdo, a responsabilidade por custódia se aproxima da responsabilidade objetiva, chegando mesmo a afirmar que a custódia teria sido a base de construção da responsabilidade objetiva no século XIX; em contrapartida, duvida que a custódia já assumisse esse significado no período clássico, sugerindo, em contrapartida, que nesta data tal imputação estava ainda relacionada com o dever de guardar<sup>346</sup>.

XX. A questão é relevante para aferir se no Direito romano existiam duas ou três categorias de responsabilidade: por um lado, dolo e culpa, ou, por outro, dolo, culpa e custódia, tema que muito divide os estudiosos da época<sup>347</sup>.

Um aspeto que parece importante salientar tem a ver com a existência ou não de uma utilidade proveniente da guarda da coisa para o agente em caso de perda ou deterioração da mesma, utilidade essa que parece fundamentar a responsabilidade. Isto explicaria que o credor pignoratício não fosse sempre responsável pela custódia no período clássico, precisamente por, no seu caso, a guarda da coisa não o beneficiar a ele próprio<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> ROBAYE, RENÉ, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit Romain*, ob. cit.

<sup>345</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, ob. cit., p. 604.

<sup>346</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, ob. cit., p. 604.

<sup>347</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, ob. cit., p. 607.

<sup>348</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, ob. cit., pp. 605 e 606.

Porém, para Arangio-Ruiz, “in sostanza, così dal commodatario come dal creditore pignoratizio si pretende una diligenza rigorosa, e così l’uno come l’altro è esonerato dal caso fortuito”<sup>349</sup>. Assim, também o credor pignoratício tinha direito à ação de furto. Em bom rigor, “il creditore pignoratizio incontra una responsabilità se non esercita l’azione che gli spetta per il furto commesso presso di lui”<sup>350</sup>. Porém, Arangio-Ruiz considera que o direito à ação de furto não se pode confundir com o dever de custódia, que, no caso do credor pignoratício, inexistia: tratava-se antes de uma hipótese particular, “nella quale la responsabilità per custodia, nel preciso senso gaiano, non ricorre, ma il legittimato all’a. furti encontra col non esercitarla una responsabilità: evidente affinità che ha più volte suggerito un tollerabile abuso dell’espressione”<sup>351</sup>.

Por sua vez, segundo Van Den Bergh, o depositário não tinha o dever de guardar, nem responsabilidade pela custódia, não podendo ser responsabilizado em caso de furto da coisa, o que se justificava pelo carácter gratuito do depósito<sup>352</sup>. Por isso, o depositário, em princípio, apenas respondia em caso de dolo<sup>353</sup>.

XXI. Importa assinalar que, para efeitos de responsabilidade dos *nautae*, *caupones* e *stabularii*<sup>354</sup>, baseada no *receptum*<sup>355</sup>, era irrelevante aferir se o dano era resultado de atuação culposa do transportador marítimo, do estalajadeiro

---

<sup>349</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 138.

<sup>350</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 144. Contudo, o Autor parece propender para considerar que não há aqui, propriamente, custódia da coisa. Teria sido a proximidade com o caso do *fullo* e do comodatário que teria levado os jurisconsultos a considerarem a existência de custódia, quando na verdade ela não se verificaria para o credor pignoratício.

<sup>351</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 148, sublinhando a relevância do problema: se se tratar de custódia, o credor pignoratício responde, ainda que o ladrão seja desconhecido e não seja por isso possível intentar a ação; já na tese defendida por este Autor, o credor é liberado se demonstrar que não sabia contra quem intentar a ação.

<sup>352</sup> G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, ob. cit., p. 612.

<sup>353</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 139.

<sup>354</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 412, refere que já o Direito romano admitia, nestes três casos, a responsabilidade contratual por fato de outrem, já que estes respondiam “pela perda, furto e deterioração dos objectos dos seus clientes, causados pelos escravos e empregados”.

<sup>355</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University Press, 1963, p. 531, refere que se trata de um grupo de três casos que, em comum, apenas tinham o nome *receptum*: 1) *receptum argentarii*, 2) *receptum nautae cauponis stabularii* e 3) *receptum arbitri*.

ou do guarda, de culpa dos seus empregados ou de qualquer outro incidente. Porém, no que ao nosso tema importa, será de realçar que estes respondiam pela perda, furto ou deterioração dos objetos dos seus clientes, causados pelos escravos e empregados ao seu serviço<sup>356</sup>.

A responsabilidade era assim afirmada, desde que o dano não resultasse de caso de força maior<sup>357</sup>. Para Zimmermann, a formulação apontava para uma presunção de culpa<sup>358</sup> (Gaio, D.44,7,5,6). Parece também ir neste sentido o entendimento de Arangio-Ruiz, para quem a expressão de Gaio *praestare custodiam* terá sido, neste texto, absorvida e transformada, de critério objetivo para um critério subjetivo de responsabilidade, através da frase *Exactissima diligentia custodiendae rei*<sup>359</sup>. Por isso, conclui que, dos desenvolvimentos posteriores, resultou uma deturpação do conceito de *custodiam praestare*, “*per costringerlo a forza entro gli schemi del dolo e della diligenza*”<sup>360</sup>. E acrescenta: “*il fatto che si sai dovuto ricorrere, sostanzialmente, ad una sorta di presunzione di negligenza per tutte le ipotesi che non sono di vis maior, dimostra, per l'appunto, che il concetto di responsabilità oggettiva ripugnava alla mentalità bizantina*”<sup>361</sup>. Como se verá, os juristas posteriores a Justiniano procederam ao *desmantelamento* da responsabilidade pela custódia<sup>362</sup>: primeiro, suprimindo a sua designação, pois não bastaria aplicar-lhe um adjetivo que lhe desse um tom subjetivo, era necessário transformar a custódia numa *exacta diligentia*; segundo, declarando que se um furto ocorresse, tal seria porque o obrigado à guarda não cumprira devidamente a sua obrigação, ou seja, tivera culpa. Isto levou, de acordo com este Autor, a que em poucos anos a responsabilidade pela custódia se perdesse

---

<sup>356</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 412.

<sup>357</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1121.

<sup>358</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1122.

<sup>359</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 72 e 73, onde acrescenta que, por esse motivo, tal excerto “*no ha potuto essere scritta da un classico*”.

<sup>360</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 75, levando este Autor a falar num “*confronto fra il Gaio genuino e il Gaio falsificato*”, que possibilita a contraposição do pensamento clássico ao pensamento bizantino. Contudo, e apesar de não ter dúvidas de que a custódia era um critério objetivo de responsabilidade, afirma, a p. 82, que os romanos não chegavam ao ponto de transferir o risco natural de perda da coisa de um contraente para o outro.

<sup>361</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 79.

<sup>362</sup> EUGÈNE PETIT, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, ob. cit., pp. 60 e seguintes.

para o *fullo* e o *sarcinator*<sup>363</sup>. O regime posterior era totalmente adverso à responsabilidade objetiva e ao nome da custódia, que exprimia aquele tipo de responsabilidade, tendo a expressão custódia sido, paulatinamente, substituída pela expressão diligência<sup>364</sup>.

Isso explica que, posteriormente, na época justinianeia<sup>365</sup>:

- a) O comodatário não respondesse por caso fortuito, salvo se tivesse dado à coisa uso diverso do contratado;
- b) Se o comodato conferisse vantagens significativas para o comodante, o comodatário só respondia por dolo.

XXII. Parece-nos de assinalar algumas diferenças nos contratos em que surgia o dever de custódia: no comodato, o dever de custódia estava associado à própria utilidade contratual obtida pelo comodatário. Por conseguinte, uma vez que este contrato originava vantagens exclusivas para o comodatário, deveria este responder por uma diligência superior<sup>366</sup>. Assim, no Direito clássico, o comodatário respondia por dolo e por culpa, bem como pela obrigação de custódia (*custodiam praestare*)<sup>367</sup>. Respondia por culpa, mas também pelo risco. Se a coisa comodatada fosse roubada ou furtada por terceiro, o comodatário era responsável, devendo indemnizar o comodante, uma vez que lhe competia também desenvolver todos os atos necessários a

---

<sup>363</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 84 e 90.

<sup>364</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 84 e 92.

<sup>365</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 128.

<sup>366</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, ob. cit., p. 15. Contudo, este Autor discorda que existisse um agravamento da responsabilidade do comodatário no Direito romano, afirmando, ao invés, que o regime era idêntico ao Direito atual, em que o comodatário assume a obrigação de guardar e conservar a coisa, com a diligência de um bom pai de família.

<sup>367</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 127, assinalando que, relativamente ao *custodiam praestare*, “não se requer a análise do comportamento subjectivo para determinar a responsabilidade”.

evitar esse roubo ou furto<sup>368</sup>. E respondia ainda em caso de perda da coisa comodatada por caso fortuito, se fosse possível ter evitado tal acontecimento<sup>369</sup>.

Por isso, em caso de furto, Gaio considerava que em primeiro lugar respondia o comodatário, e, apenas a título subsidiário, o autor do furto. Ao invés, mais tarde, com o regime justinianeus, o proprietário da coisa deveria, em princípio, agir contra o autor do furto, apenas podendo acionar o comodatário se aquele fosse insolvente<sup>370</sup>.

Contudo, Gaio clarificou que a situação era diferente no caso do depósito, ou seja, que *“il custodiam praestare non è caratteristico dell’obbligo di custodire in sè e per sè, ma discende dal típico assetto d’interessi che il negozio pone in essere.”*<sup>371</sup>. Assim, com Arangio-Ruiz, podemos dizer que se trata de contratos cuja estrutura e conteúdo determinam que *“una limitazione della responsabilità al dolo non è concepibile”*<sup>372</sup>.

XXIII. A responsabilidade por custódia não se verificava em qualquer contrato em que fosse entregue, temporariamente, uma coisa por uma parte à outra: daí que, como já foi reiterado, no depósito, não houvesse responsabilidade por custódia<sup>373</sup>.

Não obstante, em todos os casos de custódia, a responsabilidade do devedor era associada a situações em que este se apoderava, temporariamente e no seu próprio interesse, de uma coisa pertencente a outrem, tendo por isso de responder pela respetiva guarda, em especial contra roubo, perda ou dano, desde que não existisse um caso de *vis maior*<sup>374</sup>. A responsabilidade pela custódia configurava, assim, uma responsabilidade pelo resultado, em que o

---

<sup>368</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 127.

<sup>369</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 128.

<sup>370</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 84 e 85.

<sup>371</sup> RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 488.

<sup>372</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 62.

<sup>373</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 65: *“infatti il depositario custodiam non praestat”*.

<sup>374</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 65.



devedor assumia uma garantia – *Garantiehaftung* – de forma que, embora não respondendo por todos os riscos, o devedor respondia por aqueles que estava em seu poder evitar, incluindo por situações de caso fortuito<sup>375</sup>.

XXIV. É discutível a questão de saber se se podia então falar de três formas de responsabilidade:

- a) Por dolo;
- b) Por mera culpa;
- c) Por custódia, sendo que esta última estava associada a uma responsabilidade contratual, com assunção de uma obrigação de resultado<sup>376</sup>.

Segundo Arangio-Ruiz, no pensamento de Gaio, nas *Instituições* e, em especial, na *Res Cotidianae*, havia apenas dois tipos de responsabilidade: a responsabilidade pelo dolo (que se aplicava, p.ex., ao depósito) e a responsabilidade objetiva, reconduzida à custódia. Não havia, por conseguinte, um meio termo, isto é, a responsabilidade por mera culpa<sup>377</sup>. Porém, a seu ver, a situação modificou-se completamente com o *Digesto*, em que a responsabilidade do devedor já não contemplava uma alternativa entre dolo e custódia, mas antes “*una graduatoria fondata sopra lo stato d’animo dell’inadempiente*”, podendo assim haver:

- a) Responsabilidade pelo dolo;
- b) Responsabilidade por *magna neglegentia*;
- c) Responsabilidade por *neglegentia*, que compreendia a falta de diligência habitual ou a falta de uma *exactissima diligentia*<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 65: “Man kann daher von einer *Garantiehaftung* sprechen, die freilich nicht absolut galt, sondern nur gegenüber Gefahren, die typischerweise durch eine nach den Umständen erforderliche Bewachung zu vermeiden waren, Verschlechterungen durch niederen Zufall inbegriffen.”.

<sup>376</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 65.

<sup>377</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 66, acrescentando que a responsabilidade pela mera culpa é aquela que, na atualidade, assume o lugar de honra na responsabilidade contratual.

<sup>378</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 67.

Ainda neste período, se a perda da coisa resultasse de caso fortuito ou força maior para o qual o obrigado houvesse contribuído, ele respondia igualmente<sup>379</sup>.

Para Arangio-Ruiz, a responsabilidade pela negligência (terceira situação) tendia a coincidir com a responsabilidade pela custódia<sup>380</sup>. O Autor contesta o entendimento de alguma doutrina, para a qual, no Direito clássico, a responsabilidade seria somente subjetiva, tendo apenas surgido no período justiniano o critério de responsabilidade objetiva, através da custódia<sup>381</sup>.

XXV. Na custódia eram incluídos os casos do lavador (*fullo*), alfaiate (*sarcinator*)<sup>382</sup>, arrendatário de coisa móvel<sup>383</sup>, credor pignoratício, usufrutuário, marinheiro, dono de restaurante, hospedaria e de cavalaria (*nauta, caupo, stabularius*), em relação aos objetos por estes recebidos<sup>384</sup>.

Em todos estes casos, o devedor respondia pela perda ou dano ocorridos na coisa de que tinha a custódia, exceto havendo força maior, como p.ex. incêndio, naufrágio, inundação, derrocada de edifício, tumulto, motim, pilhagem por inimigos ou morte da coisa (em caso de escravo ou animal)<sup>385</sup>. De referir que, no caso de *nauta, caupo ou stabularius*, a responsabilidade do devedor abrangia os danos e furtos cometidos pelo pessoal dele dependente<sup>386</sup>. Por isso, a legitimidade ativa para a ação de furto era a *sombra* da responsabilidade por custódia, cabendo ao devedor<sup>387</sup>.

---

<sup>379</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 68, concluindo que apenas se excluía a responsabilidade nos casos de *vis magna*, ou seja, o dano fatal e irresistível.

<sup>380</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 69, ainda que “*accanto al nome nuovo della diligentia si conservasse quello vecchio della custodia*”.

<sup>381</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 77.

<sup>382</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 64, sublinha que tanto o *lavandaio* como o *rammendatore*, aos quais eram entregues peças de roupa, para lavar e remendar, respetivamente, eram titulares da ação contra eventuais autores de furto, por serem aqueles com interesse em reaver a coisa intacta.

<sup>383</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 66, salienta ser duvidosa a questão de aferir até que ponto a responsabilidade pela custódia abrangia, no Direito romano, as coisas imóveis.

<sup>384</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., pp. 65 e 66.

<sup>385</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 66.

<sup>386</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 103.

<sup>387</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 103.

XXVI. Como refere Arangio-Ruiz, de acordo com Gaio, a responsabilidade contratual *ultra dolum* no Direito Clássico compreendia a responsabilidade pela custódia, limitada a um certo número de negócios<sup>388</sup>. Mais se sabe que aquele que respondia pela custódia era o obrigado à restituição da coisa, ou do seu valor, mesmo que esta houvesse sido furtada por outrem; não se sabe, todavia, a que outros negócios, para além destes, tal responsabilidade pela custódia seria aplicável<sup>389</sup>.

Nestes casos, o devedor respondia pelos atos dos seus auxiliares, mesmo tratando-se de atos culposos, porquanto se entendia que estes consubstanciavam ainda um caso de *niederer Zufall*, pela qual aquele deveria responder<sup>390</sup>. A questão, porém, reside em aferir se, em termos dogmáticos, se poderia falar aqui, em sentido próprio, de responsabilidade pelos atos dos auxiliares, isto é, por danos causados por terceiros a partir do conceito de custódia<sup>391</sup>.

Sobre este problema, para Wicke, *uma coisa era a custódia, e coisa diversa seria a responsabilidade por auxiliares*. O problema é discutido a propósito dos casos de furto: se o furto fosse cometido por terceiro, o devedor responderia, por custódia; contudo, será que responderia igualmente pela custódia no caso de um *furto interno*, isto é, cometido por um seu auxiliar<sup>392</sup>? A única situação em que tal se verificava, e que, segundo Wicke, seria excecional, corresponderia ao caso do *nauta, caupo e stabularius*, em que o devedor responderia mesmo por

---

<sup>388</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 78, sublinha que a responsabilidade objetiva era então estranha à ideia de desenvolvimento e necessidades do comércio, que hoje em dia constituem o seu principal fundamento, sendo que tal resulta da constatação de que a mesma se aplicava a relações elementares da vida quotidiana, contratos usuais, com pessoas humildes, levando a crer que a responsabilidade objetiva é tão antiga quanto Roma.

<sup>389</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 65 e 66.

<sup>390</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 66.

<sup>391</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 67, pronunciando-se em sentido negativo.

<sup>392</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 67.

uma ofensa interna, podendo assim deduzir-se, da custódia, uma responsabilidade pelo auxiliar propriamente dita<sup>393</sup>.

XXVII. Como se verá melhor adiante, o principal aspeto que diferencia o sistema contratual de responsabilidade no Direito clássico e no Direito justinianeus é a circunstância de, naquele, a responsabilidade derivar diretamente da falta de cumprimento, enquanto no Direito justinianeus resultar de dolo ou culpa do devedor<sup>394</sup>. Por conseguinte, no Direito romano clássico, a responsabilidade pela custódia surgia como a consequência de um dano que, segundo as regras da normalidade, poderia ter sido previsto e evitado através de uma vigilância adequada<sup>395</sup>.

Wicke salienta que esta responsabilidade, que era inicialmente objetiva, sofreu uma transformação na época posterior, no texto correspondente do *Digesto*, em que *passou a ser considerada uma responsabilidade assente na culpa do devedor*<sup>396</sup>. Assim, o “Direito romano de responsabilidade é – ou veio a ser – dominado pelo princípio da culpa, numa situação que enforma o Direito civil – ou mesmo o Direito em geral – até aos nossos dias”<sup>397</sup>.

XXVIII. Para Cardilli, atendendo a que, nas *Institutas*, o *custodiam praestare* surgia em *Gai. III, 205-206-207*<sup>398</sup>, não se alterou o conceito de *custodiam praestare* anterior, segundo o qual havia uma garantia, por parte de um dos contraentes, relativamente ao furto de uma coisa, prescindindo-se da respetiva

---

<sup>393</sup> HARTMUT WICKE, *Respondet Superior...*, ob. cit., p. 67.

<sup>394</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*, ob. cit., concretiza que “In altri termini, mentre nel diritto classico l’inadempimento si poneva come causa della responsabilità, nel diritto giustiniano opea soltanto come uno dei presupposti di essa, così come l’esistenza di una valida obbligazione, la scadenza del termine, ecc.”.

<sup>395</sup> Neste sentido, G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, em *Studi in Onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milão, Giuffrè Editore, 1982, p. 603.

<sup>396</sup> HARTMUT WICKE, *Respondet Superior...*, ob. cit., p. 66: “Der genaue klassische Anwendungsbereich ist freilich verdeckt, da die custodia-Haftung in nachklassischer Zeit in eine reine Verschuldenshaftung umgewandelt wurde und vor allem in den Digesten entsprechende Textveränderungen vorgenommen worden sind.”.

<sup>397</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 413.

<sup>398</sup> RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, Milão, Giuffrè Editore, 1995, p. 487.

culpa<sup>399</sup>. Já segundo Stein, a expressão *praestare*, a seguir ao dever de custódia, significava a obrigação de prevenir intervenções danosas por parte de terceiros<sup>400</sup>. De acordo com Wicke, estes são casos em que o devedor responderia objetivamente pelos atos dos seus auxiliares, isto é, sem que houvesse culpa da sua parte<sup>401</sup>.

XXIX. Posteriormente, no Direito clássico tardio, a responsabilidade do devedor foi associada ao interesse no contrato, de modo que apenas poderia haver dolo se o devedor tivesse um interesse pessoal<sup>402</sup>. Assim:

- a) Tratando-se de contrato gratuito – caso do depositário, comodatário, mandatário e gestor de negócios – o devedor apenas responderia acaso tivesse atuado como *dolo*;
- b) Nos demais casos, o devedor responderia, tanto por dolo como por mera culpa, contanto que tivesse um interesse próprio no ato jurídico, - casos do vendedor e do comprador, do locador e do locatário, do depositante, do credor pignoratício, do comodante, do mandante, do sócio, etc.<sup>403</sup>.

XXX. Retomando o tema que nos preocupa, isto é, a responsabilidade obrigacional, relembramos que a ideia de responsabilidade do devedor no Direito romano surge na sequência do *apagamento da responsabilidade pessoal*, ou seja, a partir do momento em que deixa de ser responsável, com a sua própria pessoa, pelo não cumprimento da obrigação<sup>404</sup>. A obrigação, enquanto débito,

---

<sup>399</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 486. Na p. 495, considera haver uma conceção unitária de *custodiam praestare*, para a qual se trata de “uno «star garante» di alcuni debitori, sempre e comunque in caso di furto e talvolta anche di danneggiamento di terzi”.

<sup>400</sup> PETER STEIN, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 560.

<sup>401</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 64.

<sup>402</sup> GEORGES HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, ob. cit., p. 206.

<sup>403</sup> GEORGES HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, ob. cit., p. 206.

<sup>404</sup> Neste sentido, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, Volume I, Lisboa, AAFDL, 1997, p. 29. Sobre a *ob ligatio* – sujeição física do devedor ao credor em caso de incumprimento, p. 32. Sobre o tema, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, ob. cit., pp. 21 e seguintes. Cf, ainda SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume II, ob. cit., pp. 434 e seguintes.

encontra-se assim associada à inerente responsabilidade, derivada do não cumprimento da prestação.

É precisamente neste contexto que se admitia também, já no Direito romano, ainda que não de modo geral, a responsabilidade por fato de outrem (*vicarious liability*). Segundo Zimmermann, esta é uma das modernas instituições que foi baseada em fundações muito frágeis de Direito romano<sup>405</sup>. Com efeito, os jurisconsultos romanos lidaram com diversas situações de responsabilidade por fato de outrem, que vão muito para além dos casos de responsabilidade noxal<sup>406</sup>. Não obstante, como já se sublinhou, não foram criadas regras bem definidas neste âmbito.

Por outro lado, para além da expressa consagração da responsabilidade por fato de outrem nos casos que já foram assinalados, já então se afirmava tal responsabilidade por fato de outrem em todos os casos em que um terceiro – que poderia ser um escravo ou um homem livre – estava encarregue de desempenhar uma obrigação contratual. Contudo, como por via de regra o devedor apenas era considerado responsável caso tivesse culpa no incumprimento, e não também em caso de culpa alheia, era admissível a culpa *in eligendo*<sup>407</sup>.

XXXI. O Direito romano conhecia ainda outros casos de responsabilidade sem culpa, nomeadamente os de danos causados por animais. Como é sabido, enquanto fonte de perigo, os animais podem causar danos a outrem, sendo por isso necessário que haja um responsável pelo seu ressarcimento<sup>408</sup>. Essa pessoa é, em regra, aquela que está encarregue do animal (*the person in charge*)<sup>409</sup>, prescindindo-se de todo e qualquer juízo de culpa.

---

<sup>405</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 123.

<sup>406</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1120.

<sup>407</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1120.

<sup>408</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1098, assinala que nem sempre foi assim, porquanto, entre o século XIII e o século XVIII, nalguns locais, os animais podiam ser perseguidos, julgados e até condenados.

<sup>409</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1096.

Esta responsabilidade assentava então na *actio de pauperie*, consagrada desde logo, como já foi mencionado, na *Lei das XII Tábuas*. O termo encontra-se associado à ideia de pobreza, pelo que Zimmermann parece considerar que, a esta época, a responsabilidade se limitava aos danos causados pelos animais de quatro patas a escravos ou a gado<sup>410</sup>. Neste tempo, o animal era considerado o *culpado*<sup>411</sup>: porém, sempre que o animal fosse propriedade de alguém, a responsabilização do animal, através da sua morte, iria pôr em causa a propriedade alheia<sup>412</sup>. Por isso, nestes casos, o lesado podia apenas pedir “*the delinquent’s surrender*”, conhecida então como a *noxae deditio*<sup>413</sup>. Nesta ação, o responsável era o dono do animal, podendo o lesado optar entre: (a) a rendição do animal ou (b) o pagamento dos danos sofridos, que deveriam ser suportados pelo dono<sup>414</sup>. O proprietário do animal não tinha, obviamente, cometido qualquer delito, pelo que a sua responsabilidade era meramente pelo risco, ou seja, devido a ter a seu cargo um animal, que constituía uma fonte de riscos para terceiros<sup>415</sup>.

XXXII. Do exposto, parece concluir-se o seguinte:

- a) Não era realizada uma diferenciação clara entre responsabilidade aquiliana e obrigacional;
- b) Existiam vários casos de responsabilidade por fato de outrem na época clássica, quer a nível obrigacional, quer no domínio dos delitos;
- c) Inexistia um princípio geral de responsabilidade por fato de outrem;
- d) Muitos destes casos assentavam na ideia de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do agente, com base na primazia da culpa. Esta «máscara» da culpa era, muitas vezes, a justificação dogmática para a responsabilização por um fato alheio, que, na orientação de autores

---

<sup>410</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., pp. 1097 e 1101.

<sup>411</sup> Neste sentido, REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1099: “... it was generally the animal that was seen to have committed the delict”.

<sup>412</sup> O mesmo problema verificava-se quando o dano era causado por escravos ou crianças. Cf. REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1099.

<sup>413</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1099.

<sup>414</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1100.

<sup>415</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1100.

como Ferrara e que nos parece ser a preferível, consubstanciava, apesar de tudo, uma situação de responsabilidade objetiva<sup>416</sup>.

---

<sup>416</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 446 e 447.



## Época pós-clássica

I. Na época pós-clássica encontram-se algumas disposições referentes à responsabilidade objetiva, mesmo a nível extracontratual. Segundo De Robertis, estas disposições opunham-se frontalmente à orientação que começava então propugnada, que era pouco dada à responsabilidade sem culpa<sup>417</sup>. Neste período, a indemnização passou a ser a sanção geral para o incumprimento contratual<sup>418</sup>. Por outro lado, começou a encontrar plena afirmação a regra de que *não havia responsabilidade sem culpa*<sup>419</sup>. Enquanto originariamente a responsabilidade assentava num dado objetivo – correspondente à mera verificação do dano – a evolução posterior foi no sentido de apenas haver responsabilidade quando existisse um ato culposo do agente<sup>420</sup>, para o que era necessário que se pudesse falar de imputabilidade<sup>421</sup>.

II. Um caso de responsabilidade objetiva constava da Constituição, do ano 364 ou 365, nos termos da qual os funcionários fiscais respondiam objetivamente pelos crimes, designadamente pelas consequências a nível patrimonial, nas zonas onde tivessem competência, a título de risco

---

<sup>417</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel Diritto Post-Classico*, em *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, Volume Quarto, Milão, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1956, p. 409.

<sup>418</sup> GY. DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, ob. cit., p. 58.

<sup>419</sup> Neste sentido, R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 45. Também GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, Volume 18 de *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1971, p. 525, afirma que a origem da culpa *in eligendo* é normalmente atribuída ao Direito romano pós-clássico e à obra dos compiladores, tratando-se portanto de uma responsabilidade direta, por fato próprio.

<sup>420</sup> Por essa razão, como destaca, R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 47, *Les institutions et les règles du droit ancien qui punissaient même l'innocent devaient avec le temps devenir incompatibles avec cette conception épurée*.

<sup>421</sup> Em princípio, os que padecessem de anomalia psíquica ou loucura, assim como os animais, não eram suscetíveis de um juízo de culpa. Por eles respondiam aqueles que tivessem a obrigação de os vigiar. Os menores também podiam ou não ser imputáveis, sendo essa uma questão apreciada pelo juiz, no caso concreto. Sobre o assunto, cf. R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., pp. 48 e 49. A exigência de culpa determinava ainda que, sendo o ato determinado por necessidade – p.ex., o alijamento de mercadorias, para evitar o naufrágio do navio – não se podia formar um juízo de culpa, inexistindo também responsabilidade (cf. autor e ob. cit., p. 50).

profissional<sup>422</sup>. Este não era, no entanto, um caso isolado, porquanto também noutras ocasiões se recorria à responsabilidade sem culpa, atendendo a certos objetivos específicos<sup>423</sup>. Assim, De Robertis salienta que, embora de uma maneira geral a responsabilidade exigisse, neste período, uma imputação a título culposo, *“dall'altra, va tenuto presente che, quando però la necessità della vita sembravano richiederlo, la legislazione imperiale non si è mai fatta scrupolo di forzare questi limiti e di far ricadere gli effetti giuridici di determinati eventi su questo o su quel soggetto, indipendentemente non solo dal nesso di imputabilità morale, ma addirittura dal rapporto di causalità materiale tra evento e soggetto”*<sup>424</sup>.

Na mesma linha, Betti assinala que *“Il diritto classico, dunque, conosce in primo luogo casi di responsabilità oggettiva (però attenuata) per «custodia»; in secondo luogo casi di responsabilità solo per atto commissivo (non per negligenza); in terzo luogo, casi di responsabilità solo per violazione dell'obbligo di fedeltà per dolus (nel significato più ampio di scorrettezza); in quarto luogo, grazie ad un'interpretazione estensiva della bona fides conforme alle vedute del traffico, casi di responsabilità per un contegno contrario a questo criterio di condotta, nel quale vengono tuttavia attratte anche fattispecie di semplice negligenza”*<sup>425</sup>.

---

<sup>422</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel Diritto Post-Classico*, ob. cit., pp. 410 e 411, sendo que o Autor qualifica esta disposição como singularíssima.

<sup>423</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel Diritto Post-Classico*, ob. cit., pp. 413 e 414, referindo o caso de uma lei do ano 380, uma época de muitos furtos, em que se estabeleceu uma regra de responsabilidade objetiva: *Quidquid ex horreis plectibili usurpatione praesumptum sit, id per pectores (in quos totius criminis confertur invidia) matura exactione reddatur*. Presumia-se assim a responsabilidade em caso de roubo de pão, independentemente de culpa, sendo que este Autor refuta que se tratasse de culpa *in custodiendo* ou *in vigilando*, já que àquela época a vigilância era atribuída a um corpo especial (*apothecarii*).

Outro caso de responsabilidade sem culpa era, segundo este Autor, a situação prevista no ano de 409, num período em que se faziam muitos transportes de emergência, em que se estabeleceu a responsabilidade legal pela perda, ainda que parcial, dos mantimentos / rações carregadas por navegação. Segundo este Autor: *“Si tratta della imposizione di una forma di responsabilità la quale deve necessariamente definirse obbiettiva, dato che esorbita da ogni valutazione in ordine al contegno dell'obligato, e che si concreta, per le perdite, verificatesi durante la navigazione, nella imposizione legale del rischio, che per altro – nel diritto post-classico, e per quel che concerne i rapporti tra i privati – pare che gravasse sull'armatore solo nel caso eccezionale di assunzione pattizia del periculum.”* (pp. 415 e 416). O Autor sublinha que a *ratio* desta previsão era a situação de extrema gravidade, devido à necessidade de alimentos, mas, ainda assim, que eram excluídos os casos de perda devido a tempestade.

<sup>424</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel Diritto Post-Classico*, ob. cit., p. 419.

<sup>425</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, ob. cit., p. 123.

III. No Direito romano pós-clássico, foi abandonado o princípio da *responsabilidade por fato de outrem*, na parte em que se referia aos delitos praticados por crianças<sup>426</sup>. Aos poucos, também a responsabilidade por atos dos escravos foi caindo em desuso, muito também em resultado da diminuição do número de escravos<sup>427</sup>.

A este propósito, Zimmermann questiona: *"Did this mean that a master was no longer vicariously liable for wrongful acts committed by his servants?"*<sup>428</sup>. O Autor enuncia entendimentos divergentes a este respeito: assim, por exemplo, havia quem entendesse que haveria responsabilidade caso houvesse culpa do próprio *master*, nomeadamente falta de diligência na escolha do seu pessoal, enquanto outros consideravam que o comitente responderia sempre até ao limite do valor dos salários em dívida ao empregado (*wage liability*)<sup>429</sup>. Esta forma de responsabilidade pelo salário teria tido origem na lei saxónica, sendo largamente aceite pela jurisprudência alemã nos séculos XVII e XVIII, havendo contudo quem a limitasse a atos praticados no exercício das funções atribuídas ao empregado.

IV. Assim, pode constatar-se que neste período se começou a verificar uma certa aversão aos casos de responsabilidade sem culpa, que terá sido o início da fase seguinte, que analisaremos de seguida.

---

<sup>426</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1119.

<sup>427</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1119.

<sup>428</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1119.

<sup>429</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., pp. 1119 e 1120.

## Época justiniana

I. O *Corpus Iuris Civilis*<sup>430 431 432 433</sup>, por Justiniano I<sup>434</sup>, é a obra fundamental deste período histórico, publicada entre os anos 529<sup>435</sup> e 534<sup>436</sup>.

Com o *Digesto* de Justiniano<sup>437 438</sup>, o regime modifica-se substancialmente, sendo importante referir que, em sede de Direito das obrigações, a substância do Direito justinianeu se manteve até aos dias de hoje<sup>439</sup>. A temática das obrigações e dos contratos era então tratada na secção III do *Digesto*, nos Livros 12 a 19.

---

<sup>430</sup> MARCELLO CAETANO, *Lições de História do Direito Português*, ob. cit., p. 177, ensina que esta designação foi apenas atribuída no século XII, aquando do processo de renascimento do Direito romano, reunindo as três compilações (*Código, Digesto e Institutas*).

<sup>431</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 119, assinala que o *Corpus Iuris Civilis* está dividido em quatro partes: 1.º as *institutiones*; 2.º os *digesta*; 3.º o *codex*; 4.º as *novellae*.

<sup>432</sup> Sobre o *Corpus Iuris Civilis*, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *História do Direito romano*, Vol. I, ob. cit., pp. 497 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 131.

<sup>433</sup> A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 38.

<sup>434</sup> Cf. WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 173, onde refere que os trabalhos iniciaram no ano de 528, tendo como objetivo suprimir as leis antiquadas e eliminar as suas contradições, reduzindo os textos ao que fosse verdadeiramente essencial. A obra primeira (*Constitutio Summa*) terá sido concluída no prazo de um ano, publicada em 7 de abril de 529 e entrado em vigor em 16 de abril. Por sua vez, em 16 de dezembro de 533 terá sido publicado o *Digesta*, com 50 livros, que entraram em vigor em 30 de dezembro desse mesmo ano. Ainda antes disso, foi publicado um tratado oficial para principiantes, destinado ao ensino jurídico e composto pelas Instituições de Gaio e outras obras fundamentais da literatura clássica e pós-clássica (*Institutiones*, as quais receberam também força de lei, tendo entrado em vigor na mesma data que o *Digesta*). Cf. ainda A. D'ORS / P. FUENTESECA F. HERNANDEZ-TEJERO / M. GARCIA-GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I – Constituciones, Preliminares y Libros 1 – 19, ob. cit., pp. 239 e seguintes.

<sup>435</sup> WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, ob. cit., p. 170 e seguintes.

<sup>436</sup> Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, ob. cit., p. 75, apesar de apresentar uma lógica interna, o *Corpus Iuris Civilis* caracterizava-se pela ausência de ordenação.

<sup>437</sup> RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Direito romano. Obrigações*, ob. cit., p. 9 sublinha o carácter disperso do *Digesto* e a consequente dispersão do tratamento das obrigações.

<sup>438</sup> Sobre o *Digesto*, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *História do Direito romano*, Vol. I, ob. cit., pp. 509 e seguintes.

<sup>439</sup> RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Direito romano. Obrigações*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1952, pp. 4 e 5, referindo, em especial, os contratos e a teoria geral das obrigações.

Por seu turno, as *Institutiones*<sup>440</sup> de Justiniano são o terceiro livro, que trata das obrigações em geral e das obrigações *ex contractu*.

II. No Direito justinianeu, a responsabilidade passou a ser baseada, de modo exclusivo, na culpa do devedor<sup>441 442</sup>: assim, em caso de furto da coisa, o devedor apenas responderia se estivesse no seu poder evitar esse resultado<sup>443</sup>.

No *Digesto*, obra essencial ao nível da responsabilidade obrigacional no Direito romano<sup>444</sup>, o princípio é o de que a culpa – dolo ou mera culpa – são os critérios de imputação base, conforme resulta do texto fundamental constante de D. 50,17,23, competindo ao credor demonstrar não apenas o incumprimento, como também o dolo ou a mera culpa do devedor<sup>445</sup>. Segundo Jhering, a culpa era igualmente o critério da responsabilidade contratual<sup>446</sup>.

Este sistema, aparentemente rígido, era suavizado por dois fatores: *por um lado*, pela presença de várias presunções de culpa do devedor, algumas das quais eram mesmo presunções de dolo; *por outro lado*, através da possibilidade de atuação do critério do risco (*periculum*), quer por força da lei, quer por via do acordo entre as partes. A atribuição legal de risco verificava-se no contrato de mútuo, de *aestimatum* e em certos devedores especiais. Mais ampla era a assunção contratual de risco, que não tinha qualquer limite<sup>447</sup>. Todavia, o devedor era exonerado se o evento resultasse de um caso de força maior: D.

---

<sup>440</sup> Sobre o tema, H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., pp. 502 e seguintes, referindo que as *Institutiones*, publicadas com o título *Imperatoris Iustiniani Institutiones*, funcionavam como um livro de introdução ao *Digesto*, tendo entrado em vigor na mesma data (30 de Dezembro do ano de 533).

<sup>441</sup> GEORGES HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, ob. cit., p. 206, salienta que (...) *la responsabilité contractuelle subit dans le droit byzantin des profondes transformations*.

<sup>442</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 113 sublinha que a culpa era concebida como “um desvio a um modelo ideal de comportamento das pessoas na sua relação social (...) representado ou pela bona fides, ou pela diligens paterfamilias”.

<sup>443</sup> RAYMOND MONIER, *Manuel de Droit Romain. Les Obligations*, ob. cit., p. 228.

<sup>444</sup> Neste sentido, FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè, 1958.

<sup>445</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*, assinala que se trata de um regime particularmente severo para o credor, que resulta da ideia de *favor debitoris*, que se encontra disseminada no *Digesto*.

<sup>446</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 51.

<sup>447</sup> Neste sentido, FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*.

19,2,15,2. Estes casos de responsabilidade pelo risco são, todavia, entendidos pela doutrina como sendo excepcionais<sup>448</sup>.

No entanto, a responsabilidade do *nauta* (constante de D.4,9,3,1) era objetiva<sup>449</sup>. Segundo Arangio-Ruiz, tratava-se de responsabilidade pelo fato da tripulação e dos passageiros<sup>450</sup>.

III. Sobre esta *atração pela culpa*, Christian Rang afirma que os antigos tentaram provar, no que à responsabilidade por fato de outrem concerne, que o principal / agente tem sempre culpa mas, naturalmente, não lhes foi possível transformar o impossível em possível<sup>451</sup>. O que acabou por levar a que considerassem o principal sempre culpado, mesmo em situações em que evidentemente inexistia qualquer culpa, levando a que nas fontes se afirmasse que o devedor era responsável e culpado quando, em certas circunstâncias, empregasse terceiros e objetos que causassem danos ao credor<sup>452</sup>. De modo muito crítico, o Autor considera que a ciência não se deve desgastar na tentativa de provar uma culpa onde ela não existe, o que se reconduz mais a uma ficção do que propriamente a uma explicação da figura<sup>453</sup>.

Na verdade, segundo este Autor, nada nas fontes romanas mostra o axioma de que não há responsabilidade sem culpa, o que Rang considera ser o “*grande erro de Juliano*”<sup>454</sup>.

---

<sup>448</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*, afirma que “*Dolo, colpa e (eccezionalmente) rischio costituiscono i tre criteri di imputazione della responsabilità operante nel sistema della grande compilazione*”.

<sup>449</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel Diritto Post-Classico*, em *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, Volume Quarto, Milão, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1956, p. 409, nota 2.

<sup>450</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 105.

<sup>451</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 69.

<sup>452</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 69: “*So ist der Satz in die Quellen gekommen, dass es culpa des Schuldners sei, wenn unter gewissen Voraussetzungen dritte Personen und Sachen den Gläubiger schädigen.*”.

<sup>453</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 69.

<sup>454</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., pp. 70 e 71: “*Das ist nicht. Axiome, wie in Geometrie, gibt es im Recht nicht, und in den Quellen steht er nirgendwo geschrieben.*”.

IV. Assinale-se que alguma doutrina tem vindo a manifestar discordância em relação à interpretação que os compiladores fizeram das decisões acerca da responsabilidade vicária<sup>455</sup>. Assim:

- a) *Alguns consideram que a referência à culpa foi introduzida somente como forma de justificar a responsabilidade, falando-se então numa presunção ou ficção de culpa;*
- b) *Enquanto outros consideram que ninguém poderia ser responsabilizado sem ter culpa, falta própria, tendo substituído a responsabilidade objetiva por uma responsabilidade por culpa na seleção e emprego de escravos ou pessoas livres, por esta não ter sido feita com a diligência de um *bonus pater familias*.*

Ainda assim, Maccormack considera duvidoso que se possa falar, neste período, de uma doutrina de culpa *in eligendo*, já que os casos em que uma pessoa era considerada responsável com fundamento em ter a posse de um escravo que podia causar dano a outrem, ou que tivesse sido mal escolhido para a realização de uma tarefa, “*do not disclose the application of a general rule*”<sup>456</sup>.

V. Uma primeira situação encontra-se no *Digesto*, no fragmento D. 19,2,30 § 2: se uma pessoa tivesse entregue a outra uma mula, convencionando que esta não deveria carregar mais do que certo peso, o qual tivesse sido excedido pelo condutor, haveria então direito, cumulativamente, a duas ações: ação pela *Lex Aquilia*, incluindo a ação penal e ação contratual, devido à *locatio*, sendo que a primeira era dirigida contra aquele que tivesse carregado excessivamente a mula, enquanto a segunda seria intentada contra o *conductor*, mesmo que o carregamento não tivesse sido feito por este<sup>457</sup>. Assim, estar-se-ia diante de responsabilidade do devedor pelo ato de um seu dependente, ou de uma

---

<sup>455</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 526.

<sup>456</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 527.

<sup>457</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 163 afirma que o devedor “*è dichiarato responsabile del maggiore carico non solamente se egli stesso (o persona da lui dipendente) abbia esseduto, ma da chiunque le bestie siano state sovraccaricate*”. Cf. também G. LEPOINTE / R. MONIER, *Les obligations en Droit Romain et dans l’ancien Droit Français*, ob. cit., pp. 72 e seguintes.

pessoa por ele autorizada<sup>458</sup>, que Arangio-Ruiz justifica do seguinte modo: “*al locatore di mobili, per la custodia alla quale è tenuto, spetta di evitare che anche ad opera di altri i limiti contrattualmente posti siano sorpassati*”<sup>459</sup>.

VI. Os casos de responsabilidade por fato de outrem surgiam, antes, como casos isolados, reconduzindo-se a três situações:

- a) Responsabilidade pelos atos dos mensageiros;
- b) Responsabilidade do locatário pelos danos causados pelos seus escravos ou membros da sua casa, à propriedade do locador;
- c) Grupo de casos de responsabilidade expressamente previstos nos éditos<sup>460</sup>.

VII. Vejamos o *primeiro caso referente à responsabilidade pelos atos dos mensageiros*<sup>461</sup>:

- a) *D. 13,6,20*: Se uma pessoa encarrega outra de proceder à entrega da coisa ao mutuante ou fornecedor e o intermediário perde a coisa devido a culpa sua, o devedor responde, se tiver culpa na escolha do intermediário, nomeadamente se houvesse razões para suspeitar da falta de fiabilidade deste;
- b) Contudo, se o mensageiro tivesse sido escolhido pelo credor, seria este a suportar os danos<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> Assim, cf. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 135, sublinhando que o texto se encontra escrito numa perspetiva de responsabilidade objetiva.

<sup>459</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 163.

<sup>460</sup> Segundo GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 527, não havia um fundamento comum para todas estas situações.

<sup>461</sup> Seguimos GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 528.

<sup>462</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 530, onde cita *Ulpiano 32 e D.19,5,20,2*: supondo que um ourives entrega alguns objetos de prata a um possível comprador, o qual, posteriormente, decide não comprar e dá instruções a um escravo para devolver os objetos. *Ulpiano*, recorrendo a uma decisão de *Labeo*, defende que se os objetos se perderam sem que houvesse dolo ou culpa do comprador, é o ourives que deve suportar o dano na sua esfera jurídica, já que ele disponibilizou os bens por sua conta. Assim, o ourives apenas poderia atuar contra o potencial comprador se estive tivesse culpa na perda dos objetos. Contudo, o potencial comprador tinha culpa quer se houvesse dolo ou culpa própria, quer se houvesse dolo ou culpa do mensageiro a quem ele atribuiu a tarefa de devolver os objetos. Segundo *Maccormack*, p. 531, “*What is not clear is whether liability for the culpa of the slave was treated as an*



Ulpiano analisou um caso semelhante, presente em *D.19,5,20,2*, em que um objeto havia sido entregue a um *inspector*, para examinação, sendo que este depois o entregara a alguém para este proceder à devolução e a coisa se perdia antes de chegar ao seu destino<sup>463</sup>. Para Ulpiano, o *inspector* respondia em termos contratuais, pelo dolo e pela custódia: "*If the arrangement was purely in the interests of the person who handed the object to the inspector, the latter is liable only for dolus; if it is in the interests of the inspector he is required to furnish custodia*"<sup>464</sup>. Contudo, Maccormack sublinha que há dúvidas sobre a autenticidade dos textos, havendo quem considere que a expressão original *custodiam* teria sido substituída por *culpam*, para justificar a teoria da culpa *in eligendo*<sup>465</sup>.

VIII. *Segundo caso: Responsabilidade do locatário pelos danos causados pelos seus escravos ou membros da sua casa, à propriedade do locador*

A situação estava presente em *D.9,2,27,11* e *D.19,2,11,pr*, caracterizava-se pelo seguinte: se uma coisa for danificada devido a culpa do escravo do locatário, ou de um seu empregado ou de uma pessoa que permanentemente se encontrasse com ele na casa arrendada, a responsabilidade era afirmada em duas situações: se o locatário soubesse que aquelas pessoas podiam causar o dano (p.ex., se tinham antecedentes de conduta incorreta) ou se tivesse escolhido aquela pessoa para o desempenho de uma certa tarefa e não houvesse verificado a sua aptidão para tal.

Para Maccormack, há várias hipóteses a considerar, a saber:

- a) Danos causados por pessoas livres, na posse do *conductor*;
- b) Danos causados por membros da casa, que sejam pessoas livres mas não estejam na sua posse, embora com ele possam habitar;
- c) Danos causados por empregados livres;

---

*exceptional case in which the sender incurred liability without his own dolus or culpa, or whether he was deemed to be at fault in despatching an unreliable slave through whose culpa the silver was lost".*

<sup>463</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 532.

<sup>464</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 533.

<sup>465</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 533: "It is assumed that liability for custodia in classical law was a liability independent of fault and therefore that Ulpian could not have stated both that the inspector is liable for custodia and that he is liable for culpa".

- d) Danos causados por pessoas contratadas para algum trabalho, que se encontram na casa;
- e) Danos causados por convidados<sup>466</sup>.

Em todos estes casos, o *conductor* responde, considerando-se que tem culpa, se uma destas pessoas não for confiável e, por isso, causar um dano<sup>467</sup>.

IX. O caso é particularmente discutido a propósito do excerto *D.9,2,27,11*: nesta hipótese, uma casa ardera devido a culpa do escravo do inquilino, colocando-se o problema da responsabilidade noxal deste.

Muito próximo deste é o excerto *D.9,2,27,9*, em que um escravo adormece junto ao forno e por essa razão a casa arrendada arde, sendo o arrendatário responsável *ex locato* se tiver sido descuidado na escolha do escravo<sup>468</sup>.

Para Ulpiano, a base da responsabilidade pareceria estar no fato de o *colonus* possuir o escravo, mas isso não significava que não tivesse culpa, antes pelo contrário: pelo fato de ter a posse do escravo, deveria conhecer os seus defeitos e ter tomado medidas para prevenir o dano<sup>469</sup>.

Vejamos em pormenor o primeiro destes casos: um empregado adormeceu junto ao forno e, em consequência disso, originou um incêndio na casa locada, que ficou reduzida a cinzas. Segundo a opinião dominante, o *Digesto* determina, neste caso, que o patrão responde por estes danos por culpa *in eligendo*<sup>470</sup> (Ulpiano *D.*, 9,2,27,9).

Contudo, em bom rigor, a solução não tem de passar, necessariamente, pelo mecanismo da responsabilidade obrigacional por fato de outrem. Com efeito:

*Por um lado*, celebrado o contrato de arrendamento, constitui obrigação do locatário a de entregar a coisa no estado em que se encontrava aquando da

---

<sup>466</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 543.

<sup>467</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 544.

<sup>468</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 539.

<sup>469</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 537, onde afirma: "Ulpian states the *colonus* is liable because he possessed *noxii servi*". Por isso, acrescenta: "Hence culpa cannot be understood in this context as a fiction or presumption; there is personal fault on the part of the *colonus*".

<sup>470</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1120.

celebração do negócio, correndo por sua conta todos os fatos que não resultem de caso fortuito ou de força maior.

*Por outro lado*, se se entender que houve culpa *in eligendo* do locatário, a responsabilidade é direta e subjetiva, por fato próprio e não por fato de outrem. Precisamente neste sentido, alguma doutrina, centrada na ideia de culpa, tende a considerar que é o arrendatário o culpado, por ter efetuado uma má escolha do empregado, culpa essa que se reflete no ato do próprio empregado: em bom rigor, o devedor tem culpa; não se presume que a tenha, mas tem-na efetivamente<sup>471</sup>.

Todavia, note-se que, na perspectiva dos estudiosos deste fragmento, a responsabilidade era delitual e não obrigacional (Urseuius e Sabinus), tratando-se de responsabilidade noxal<sup>472</sup>. A questão não é, contudo pacífica, havendo quem considere que o réu era responsável tanto por contrato como por delito (Proculus). Mesmo neste caso, entende-se que, à data, a responsabilidade seria sempre noxal, podendo o devedor exonerar-se, entregando o escravo<sup>473</sup>. Aliás, para Proculus, por se tratar de responsabilidade noxal, seria fundamental que *não existisse culpa do devedor arrendatário (si culpa colonus careret)*, pois, se de culpa se pudesse falar, não poderia ele limitar a sua responsabilidade entregando o escravo ao lesado<sup>474</sup>.

X. Em *D.19,2,11,pr*, discute-se a responsabilidade do locatário pelos danos causados pelos seus escravos ou convidados. Em relação aos escravos, há que distinguir:

- a) Se o próprio locatário tivesse culpa, a responsabilidade era claramente afirmada;
- b) Se não houvesse culpa, Ulpiano defendia apenas a possibilidade de uma ação noxal<sup>475</sup>.

---

<sup>471</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 56.

<sup>472</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 57.

<sup>473</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 57.

<sup>474</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 57.

<sup>475</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 540.

No caso de atos de outras pessoas, ou seja, não escravos, o problema era mais complicado, pelo que o locatário apenas respondia se tivesse culpa na escolha destas pessoas<sup>476</sup>.

XI. Em *D.19,2,25,7*, o *conductor* é responsável pelo contrato se, tendo atribuído o transporte da coisa a um intermediário, algum dano se verificar, por culpa própria ou por culpa de um dos seus empregados, quer estes sejam escravos, quer sejam homens livres<sup>477</sup>. Neste caso, segundo Max Kaser, estamos diante de uma “*responsabilidade por culpa de terceiros*”, ou responsabilidade “*por ajudantes*”, a partir de uma ideia de “*GARANTIA pela seriedade do ajudante, assumida tacitamente perante o credor*”<sup>478</sup>.

Assim, em *D.19,2,45.pr*, um escravo do *conductor* danifica ou furta um objeto, pertencente ao *locator*. Neste caso, era negada a ação contratual contra o *conductor*, sendo apenas admitida a ação aquiliana noxal<sup>479</sup>. Contudo, segundo Maccormack, os textos permitem concluir que, se o escravo tiver danificado ou furtado o objeto do *locator*, este tem ação contratual contra o *conductor* pela totalidade dos danos sofridos se houver culpa deste último<sup>480</sup>.

XII. Em *D.19,2,60,7* uma pessoa (*locator*) disponibiliza a outra (*conductor*), por meio de contrato, um condutor para uma mula. Devido à negligência do condutor, a mula é danificada. Se o *conductor* não tiver especificado as qualidades do condutor que pretendia, tendo sido o *locator* a fazer a escolha, este último responde pela escolha negligente, da qual tenha resultado os danos na mula do *conductor*<sup>481</sup>.

XIII. *Terceiro caso: situações de responsabilidade expressamente previstas nos éditos*

---

<sup>476</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 540.

<sup>477</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 541.

<sup>478</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 219.

<sup>479</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 542.

<sup>480</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 543.

<sup>481</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 545.

Encontramos aqui diversas situações:

- a) *D.9,2,27,9*: tratava-se de um caso específico de responsabilidade por fato de outrem, em relação a determinadas pessoas, como o *nauta*, *caupo* e *stabularius*, que eram responsáveis pela ameaça ou dano causados pelos seus empregados, o *habitor*, responsável pelos danos causados pela queda de objetos da sua casa sobre transeuntes, e o *publicani*, pelos delitos cometidos pelos seus escravos no âmbito da tarefa de recolha de impostos.

Segundo Maccormack, nestes casos não era necessário haver culpa do responsável, sendo que no caso do *habitor* até podia nem haver culpa por parte da pessoa que atirava o objeto para a rua, mas, ainda assim, os juristas utilizavam para designar esta responsabilidade o termo *culpa*<sup>482</sup>... Aqui, para Max Kaser, tratar-se-ia de uma responsabilidade por culpa própria do devedor na escolha do auxiliar<sup>483</sup>.

- b) No caso dos *publicani*, os éditos determinavam a responsabilidade pelos atos dos empregados, ainda que haja dúvidas sobre o seu exato conteúdo<sup>484</sup>. Ainda assim, a responsabilidade existia pelo menos em duas situações:

1.<sup>a</sup> Abuso de funções, aquando do respetivo exercícios, pelo *publicanus* ou pelos seus empregados;

2.<sup>a</sup> Furto, não necessariamente ocorrido no exercício das funções.

XIV. Acresce que, em casos especiais, determinados por motivos de interesse público (*utilitatis publicae causa*), era admitida a responsabilidade de uma pessoa pelos fatos cometidos, culposamente, por outrem, não havendo

---

<sup>482</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 529.

<sup>483</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 219.

<sup>484</sup> Neste sentido, W. W. BUCKLAND, *The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, ob. cit., p. 120.

aqui qualquer falta pessoal por parte daquele que era considerado responsável<sup>485</sup>. Estes eram os casos da *actio de recepto*, da *actio furti contra nautae, caupones e stabularii* e ainda da *actio de effusis et dejectis* e da ação contra os agentes públicos, pelo pessoal ao seu serviço<sup>486</sup>.

XV. Ulpiano estabeleceu três espécies de ação, aplicáveis contra a pessoa que exercesse poderes de autoridade sobre determinados sujeitos, em relação aos contratos por estes celebrados<sup>487</sup>:

- a) *Actio quod iussu*;
- b) *Actio de peculio*;
- c) *Actio de in rem verso*<sup>488</sup>.

A primeira ação era dirigida contra o pai de família, em relação aos contratos celebrados por uma pessoa sob a sua autoridade, sendo necessário que o terceiro tivesse contratado com vista à obtenção da autorização por parte do *pater familias*; por isso, era primeiramente responsável o próprio contratante, respondendo o *pater familias* apenas a título subsidiário<sup>489</sup>.

Já a *actio in peculio* era dirigida contra o *pater familias*, pelas obrigações concluídas pelos seus dependentes, até ao montante do *peculium*, que era um património especial concedido pelo próprio *pater familias*<sup>490</sup>.

Finalmente, a *actio de in rem verso* aplicava-se quando o *pater familias* se encontrasse numa situação de enriquecimento, decorrente de um negócio celebrado pelo filho-família<sup>491</sup>.

XVI. Zimmermann refere *alguns casos em que a responsabilidade do devedor por fato de outrem era elevada verdadeiramente a uma forma de responsabilidade sem culpa*. Concretamente, cita um caso enunciado por *Juliano*, em que o devedor

---

<sup>485</sup> Neste sentido, R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 51.

<sup>486</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, ob. cit., p. 51.

<sup>487</sup> “Est enim triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio”.

<sup>488</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., p. 48.

<sup>489</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., pp. 48 e 49.

<sup>490</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., p. 49.

<sup>491</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., pp. 50 e 51.

fora responsabilizado pelos atos de um empregado que desencaminhara prata, por se tratar de pessoa de cujo carácter ninguém poderia adivinhar poder ser atingido por bandidos<sup>492</sup>. Refere também a situação em que *Ulpiano* e *Pomponius* consideraram uma pessoa responsável simplesmente pelos danos causados pelos convidados de sua casa e pelos membros da sua família, pelo mero fato de terem sido *admitidos na sua propriedade*<sup>493</sup> (*Juliano, D.,13,6,20*).

XVII. Um entendimento que se afigura interessante consiste na distinção entre duas situações:

- a) Por um lado, a culpa *in eligendo*, encontrada no fragmento do *Digesto* supra referido;
- b) Outras situações, que Wicke denomina de culpa *in habendo*<sup>494</sup>.

A culpa *in habendo* é desenvolvida precisamente a propósito da responsabilidade obrigacional, em que a doutrina diverge entre aqueles que consideram que não haveria responsabilidade do devedor pelo auxiliar, e os restantes, que partem de um conceito alargado de culpa para responsabilizar o devedor pelos atos do auxiliar<sup>495</sup>.

A este respeito, Wicke sublinha que, das duas uma<sup>496</sup>:

- a) *Ou o devedor tem culpa*, por ter escolhido mal a pessoa do escravo, caso em que não se pode falar de responsabilidade noxal, porquanto, tendo culpa, não pode limitar a sua responsabilidade à entrega do escravo ao lesado;
- b) *Ou o devedor não tem culpa*, caso em que a sua responsabilidade pelos atos do auxiliar existe, no âmbito delitual e, para alguns, também em sede obrigacional, podendo ser limitada pela entrega do escravo.

No primeiro caso, a responsabilidade do devedor é ilimitada, no sentido em que abarca a totalidade dos danos causados e se baseia na circunstância de o

---

<sup>492</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., pp. 1120 e 1121.

<sup>493</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1121.

<sup>494</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., pp. 56 e seguintes.

<sup>495</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 56.

<sup>496</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 58.

devedor ter na sua posse escravos que são de pouca confiança<sup>497</sup>. Destarte, é a simples posse de escravos, cujos atos danosos poderiam ter sido evitados, que constitui o ponto de partida para uma responsabilidade mais vasta, donde se pode afirmar que o devedor responde como que por culpa *in habendo*<sup>498</sup>. A construção baseia-se no fragmento D. 9, 2, 27, 11, onde se pode ler:

*Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vele x locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. Sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit, idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.*

A ideia de culpa *in habendo* assenta na expressão *damni eum iniuria teneri*, o que aponta para esta não ser uma construção nova de Justiniano, mas antes uma mera reconstrução das ideias já anteriormente vigentes<sup>499</sup>. Assim, Ulpiano teria partido do conceito de culpa em sentido técnico, e não de uma responsabilidade em sentido estrito ou objetivo<sup>500</sup>.

XVIII. Importa ainda fazer uma referência à admissibilidade da responsabilidade por fato de outrem no âmbito delitual e quase delitual no Direito romano, cujos contornos eram muito semelhantes à responsabilidade contratual<sup>501</sup>. Neste domínio, a *Lex Aquilia* previa certos casos de responsabilidade, sendo a ação por ressarcimento considerada de natureza penal<sup>502 503</sup>.

---

<sup>497</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 58.

<sup>498</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 58: “Somit wird der einfache Besitz von Sklaven, deren Unrechtsbegehung hätte verhindert werden können, zum Anknüpfungspunkt einer weitgehenden Verantwortlichkeit genommen. Der Schuldner haftet gleichsam für «culpa in habendo».”.

<sup>499</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 58.

<sup>500</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 58.

<sup>501</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1121.

<sup>502</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, ob. cit., p. 191, onde assinala que “Fu dunque la confusione de concetti di pena e di risarcimento di danni la ragion fondamentale del principio non darsi responsabilità senza colpa”.

<sup>503</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, I – De la faute en Droit Privé, Paris, A. Marecq, 1880, p. 3, sublinha que, de entre todas as noções jurídicas, a de pena é a mais importante do ponto de vista da história e da civilização.



De acordo com a regra geral estabelecida pela *Lex Aquilia*, o comitente deveria ter agido com culpa, em regra culpa *in eligendo*<sup>504</sup> (Ulpiano, D. 9,2,27,11: *si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit*). A formulação apontava para uma ficção de culpa, ou culpa presumida, do comitente<sup>505</sup>.

A responsabilidade objetiva propriamente dita, e, por conseguinte, sem culpa, encontrava-se prevista no caso do ocupante de uma casa, considerado responsável por razões de ordem pública, se alguma coisa fosse atirada ou se dela caísse, não importando se o próprio, um membro da sua família, um funcionário ou qualquer outra pessoa que por acaso estivesse na casa tivesse realmente praticado um fato apto a que a coisa fosse atirada ou que caísse<sup>506</sup>. Assim, o ocupante da casa era considerado responsável, independentemente de culpa, na medida em que é ele quem se encontra na posição de tomar medidas para prevenir este tipo de acontecimentos. Embora se afirme ser esta uma responsabilidade independente de culpa, na verdade, a justificação que é apontada parece conduzir para uma situação subjetiva, no sentido de que o proprietário poderia ter evitado o dano, e, se não o fez, tem culpa / responsabilidade.

Do mesmo modo, no âmbito quase delitual, a responsabilidade era independente de culpa: o *paterfamilias* era responsável pelos danos causados a terceiros pelas crianças e escravos no seu poder, bem como pelos seus animais domésticos que lhe pertencessem<sup>507</sup>.

XIX. Outro caso interessante era o seguinte, discutido a propósito do texto D. 47, 2, 14 § 17 (Ulpiano 29 *ad Sab.*)<sup>508</sup>: uma carta fora interceptada e questiona-se a quem deveria competir a ação de furto, concretamente ao emitente ou ao destinatário. Se o portador fosse um escravo do destinatário ou um seu procurador, a carta seria da sua propriedade; se o portador fosse um

---

<sup>504</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1121.

<sup>505</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1122.

<sup>506</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1122.

<sup>507</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1126.

<sup>508</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 128 e 129.

escravo do emitente, ou se fosse apenas remetida para leitura, devendo depois ser-lhe restituída, o emitente permanecia sempre o seu proprietário. Assim, a ação caberia àquele que fosse o proprietário da carta. Contudo, podia acontecer que sobre o interesse do proprietário / *dominus*, prevalecesse o interesse do portador, podendo este agir quanto ao furto, o que aconteceria sempre que o portador da carta tivesse de responder pela sua custódia<sup>509</sup>.

XX. Veja-e agora a questão da responsabilidade nos contratos em especial<sup>510</sup>. No *Digesto*<sup>511</sup>, a Parte 6 era dedicada a diversas matérias, incluindo as obrigações e ações<sup>512</sup>, enquanto a Parte 7 contemplava o tema dos contratos verbais, delitos civis e criminais, entre outros<sup>513</sup>.

P.ex., o mútuo era um contrato informal<sup>514 515</sup>, cujo incumprimento dava lugar a uma *condictio*: se o mutuário não restituísse a quantia que recebera por empréstimo, considerava-se que enriquecera injustificadamente à custa do mutuante<sup>516</sup>. Porém, nesta data, o conceito de contrato ainda não se encontrava formulado, pelo menos no sentido que hoje lhe é atribuído. Ao invés, o depósito, o comodato<sup>517</sup> e o penhor eram já configurados como contratos reais<sup>518</sup>, carecendo, para além do acordo das partes, da entrega da coisa

---

<sup>509</sup> Situação que, segundo VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 129, é equiparada ao albergueiro e ao capitão do navio.

<sup>510</sup> EUGÈNE PETIT, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, ob. cit., pp. 281 e seguintes.

<sup>511</sup> Sobre o *Digesto*, H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, Cambridge, University Press, 1954, pp. 490 e seguintes, onde salienta que as instruções dadas aos seus autores foram no sentido de “*read and make excerpts from the writings of the ancient jurists who had «authority to compile and interpret the laws» (i.e., the ius respondendi), and to collect them into a single work divided into fifty books and further into titles according to the subject-matter. (...) Full power was given to cut down and alter the texts (...) The use of all ciphers and abbreviations was forbidden.*”. O Autor refere ainda que o número de autores constantes das inscrições é 39.

<sup>512</sup> D’ORS, *Derecho Privado Romano*, ob. cit., pp. 401 e seguintes.

<sup>513</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 495.

<sup>514</sup> Neste sentido, H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 297.

<sup>515</sup> ANTONIO MARCHI, *Storia e concetto della obbligazione romana*, ob. cit., pp. 115 e seguintes.

<sup>516</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 298.

<sup>517</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, ob. cit., p. 126.

<sup>518</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., pp. 298 e 299.

subjacente ao negócio, deles resultando, como obrigação principal, a de restituir essa mesma coisa<sup>519</sup>.

Eram então considerados contratos consensuais a compra e venda (*emptio venditio*), o contrato de prestação de serviços (*locatio conductio*), a sociedade e o mandato<sup>520</sup>. A *locatio conductio* englobava então três categorias<sup>521 522</sup>, a saber: (a) *locatio rei* (locação), (b) *locatio operarum* (prestação de serviços) e (c) *locatio operis* (contrato de trabalho)<sup>523</sup>. Por seu turno, o mandato era o contrato pelo qual alguém, gratuitamente, se obrigava a prestar um serviço a outra pessoa<sup>524</sup>.

#### XXI. Vejamos com um pouco mais de detalhe o *caso do transportador*.

Como se disse, já no Direito romano o devedor respondia, em princípio, pelo incumprimento culposo da obrigação<sup>525</sup>. Em contrapartida, a obrigação extingua-se quando a sua execução se tornasse impossível por caso fortuito ou de força maior. Contudo, é a propósito do *receptum* que ganha relevância a diferenciação entre *casus* e *vis maior*<sup>526</sup>: o caso de força maior seria uma forma de *casus*, já que se trataria de um evento pelo qual o devedor não teria, juridicamente, de responder. Mas nem todos os *casus* eram *vis maior*, daí que nas situações de *receptum* o devedor tivesse de responder por certos casos, desde que não por situação de força maior: “*Qui recepit risponde dunque del casus*,

---

<sup>519</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 300, salientando que nem o depositário, nem o comodatário nem o credor pignoratício passavam a ser proprietários da coisa.

<sup>520</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 301.

<sup>521</sup> Em sentido diverso, VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 125, afirma que “*il diritto romano non ha mai ripartito la casistica fra i tre grandi gruppi che usa fare la scienza moderna (location conductio rei – operarum – operis), anzi ha sempre fatto capo ad un solo concetto di locazione, salvo a raggruppare in varii modi, a seconda delle varie esigenze, le fattispecie a cui si volevano applicare regole particolari.*”.

<sup>522</sup> Neste sentido, cf. também PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 47.

<sup>523</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 308.

<sup>524</sup> H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of Roman law*, ob. cit., p. 311.

<sup>525</sup> A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., pp. 255 e seguintes.

<sup>526</sup> Pelo contrário, VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 82 e 83, discorda dos autores para os quais os clássicos teriam construído a responsabilidade pela custódia como uma obrigação de responder por um hipotético caso de *casus minor*, uma vez que, “*per i giuristi romani, la parola casus (...) è sempre equivalente a forza maggiore.*”.

*cioè anche di fatti che avvengono senza sua colpa, ed è solo liberato dalla dimostrazione del damnum fatale, della vis maior*"<sup>527</sup>.

Mostra-se particularmente interessante o caso do transportador obrigado ao transporte de uma coisa que, durante a viagem, se quebrasse. Neste caso, determinavam as fontes (D. 19, 2) <sup>528</sup> que o transportador responderia *si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit*<sup>529 530 531</sup>. Este fragmento do *Digesto* deu origem a uma intensa polémica, aparentemente gramatical, mas que na realidade resultava da procura de argumentos a favor e contra uma discussão científica, ou seja, saber se a imputação que era efetuada nesta disposição era a título subjetivo ou objetivo<sup>532</sup>.

Os estudiosos deste tema debatem o significado a atribuir à parcela «que», já que, à época, esta podia assumir um sentido disjuntivo ou cumulativo:

- a) No primeiro caso, o transportador responderia pela perda se tivesse culpa própria e se houvesse, também, culpa dos seus empregados no transporte;
- b) Enquanto no segundo caso, ele responderia tanto pela própria culpa, como pela culpa dos seus funcionários (independentemente de ele mesmo ter ou não culpa).

---

<sup>527</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, ob. cit., p. 43.

<sup>528</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 104, traduz do seguinte modo: “Chi riceve una mercede come compenso della custodia di una cosa, ne sopporta il rischio”.

<sup>529</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 433 e seguintes.

<sup>530</sup> O texto integral do fragmento é o seguinte: “Qui columnam transportandum conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestet, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad caeteras res transferri potest”.

<sup>531</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 359, dá-nos conta da tradução em espanhol deste fragmento: “El que tomó en arriendo el transporte de una columna, si ésta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio, ha de ser responsable de este riesgo si hubiese ocurrido con culpa del mismo o de aquéllos que están a su servicio, y está exento de culpa si ha realizado todo lo que cualquier outra persona diligentísima hubiera hecho. Lo mismo si ha de entender, por supuesto, si alguno hubiera tomado en arriendo el transporte de unas tinajas o vigas, y esto mismo puede aplicarse también a otras cosas”.

<sup>532</sup> Assim, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 356 e 357.

Naturalmente que a primeira orientação é a adotada por todos aqueles que refutam a existência de uma responsabilidade por fato de outrem, sendo a outra adotada pela corrente inversa<sup>533</sup>.

A propósito deste fragmento, nos termos da qual o transportador respondia pela sua própria culpa, bem como pela dos seus empregados (segundo a opinião que subscrevemos), Zimmermann considera que: *"we are dealing with vicarious liability stricto sensu, albeit in a contractual context"*<sup>534</sup>. Na sua perspetiva, a norma faz assim apelo ao critério do risco<sup>535</sup>.

No que concerne a esta questão gramatical, Ferrara pronuncia-se a favor do segundo entendimento, invocando razões de bom senso e de lógica: não faria sentido que Gaio criasse uma regra em que iria repetir algo que já era pacífico anteriormente, ou seja, que o transportador respondia pela própria culpa. Assim, a regra só adquire significado se tomarmos em consideração que ele responderá pela culpa dos seus auxiliares<sup>536</sup>. Portanto, vigorava *"indubbiamente un principio di responsabilità oggettiva nella locatio conductio operis"*<sup>537</sup>. Até porque, como já vimos, a mesma responsabilidade por fato de outrem era estabelecida no contrato de depósito de uma coisa, quando um terceiro a viesse a danificar.

Assim, o empresário respondia pela culpa dos seus empregados ou assistentes, na execução das tarefas que lhes fossem acometidas, ainda que ele próprio não tivesse qualquer culpa<sup>538</sup>.

---

<sup>533</sup> Assim, ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., p. 151, em especial nota 8, onde toma posição sobre a palavra *eorumque*: *"Evidentemente quindi la copula «eorumque» significa: tanto «nell'uno» quanto «nell'altro» caso"*, ou seja, quer houvesse culpa do comitente, quer do comissário.

<sup>534</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1121.

<sup>535</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, em *Studi in Onore di Biondo Biondi*, I, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, p. 379.

<sup>536</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 434, salientando que o mesmo regime era aplicável ao usufrutuário, ao qual era permitido liberar-se das obrigações de reparação da coisa, abandonando o usufruto, exceto quando a deterioração da coisa resultasse de culpa sua ou daqueles que o usufrutuário autorizara a gozar a coisa.

<sup>537</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 434. Na p. seguinte, refere um outro caso: se uma pessoa entrega a outra uma pedra preciosa, para esculpir, e esta perece por culpa do trabalhador, que pode ser um simples ajudante, o principal é sempre responsável.

<sup>538</sup> ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., p. 151.

Independentemente desta polémica, que não estamos em condições de analisar em detalhe, o que nos parece relevante realçar é que a mera existência deste fragmento demonstra que a possibilidade de imputação jurídica objetiva pelos atos do auxiliar de cumprimento não era desconhecida do Direito romano, antes pelo contrário, parecia ser claramente afirmada<sup>539</sup>.

XXII. Questiona-se ainda qual o regime aplicável ao transportador de coisas. Para Arangio-Ruiz, não havia diferenças quanto à responsabilidade do transportador em função da coisa transportada. Este respondia sempre pela custódia, devendo agir com a diligência de um bom pai de família, adotada em relação às coisas próprias<sup>540</sup>. Segundo este Autor, a maior prova da responsabilidade pela custódia do transportador de coisas móveis é o fragmento *D. 19, 2, 9 § 4 (Ulpiano 32 ad ed.)*<sup>541</sup>.

XXIII. Em todas estas situações, o devedor era responsável pela perda da coisa, salvo demonstrando uma eventual *iustae causae* – *D. 18, 6, 12 (11); D. 16, 3, 1, 22*<sup>542</sup>, o que leva alguns autores a afirmar que *a responsabilidade pela custódia consiste num agravamento da responsabilidade contratual comum*<sup>543</sup>. Por exemplo, em *D. 18, 6, 2*, caso em que se retrata a venda de vinho por parte de um comerciante, onde se pressupõe que o vendedor deve prestar uma certa custódia do vinho, determinando o texto que tal custódia não compreende somente o dolo, como também a diligência, exceto em casos de força maior<sup>544</sup>.

---

<sup>539</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 357.

<sup>540</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 132 e 133.

<sup>541</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 136: *Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus quem quis conduxerant, ita rescripsit: «Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non cogeris, atque temporis quod insecutum est mercedes ut indebitas reciperabis».*

<sup>542</sup> Neste sentido, FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*.

<sup>543</sup> FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, ob. cit., p. 131.

<sup>544</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 73 e 73.

Do mesmo modo, em *D. 18, 6, 3*, o vendedor seria obrigado a prestar custódia, tal como o comodatário<sup>545</sup>.

Já aqui se podia demarcar, na mesma norma, situações de responsabilidade por fato de outrem, e situações que não podiam ser inseridas nesta qualificação. Com efeito:

- a) Quando um tripulante desencaminha um objeto de um passageiro, haveria responsabilidade por fato de outrem;
- b) O mesmo não ocorre se o ato tivesse sido cometido por um qualquer outro terceiro. Nesse caso, haveria antes uma extensão do risco assumido pelo devedor.

XXIV. De Robertis assinala que as Instituições continham algumas disposições incoerentes e mesmo, nalguns casos, incompletas, em matéria de responsabilidade contratual, designadamente a propósito da responsabilidade do comodatário por perda da coisa, a relação entre a responsabilidade baseada na culpa e a eficácia exoneratória do caso fortuito era introduzida não como consecutiva, mas como adversativa<sup>546</sup>. De acordo com este Autor, o texto na época clássica não fazia o comodatário responder em termos de culpa ou negligência, até porque este critério de imputação apenas terá surgido na época pós-clássica, uma vez que era então claro que o uso indevido da coisa comodatada configurava um caso de *furtum usus*, sendo, naquela época, a responsabilidade do comodatário resultante da aplicação do princípio *fur semper moram facere videtur* e da *perpetuatio obligationis*, independentemente do propósito da conduta do comodatário<sup>547</sup>.

De todo o modo, segundo De Robertis, as Instituições de Gaio, bem como os compiladores da *Res Cottidianae*, “*non hanno inserito ex novo la questione di responsabilità nei passi concernenti le singole figure contrattuali, essendosi essi limitati*

---

<sup>545</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 159: *Custodiam autem venditor praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est*. O Autor salienta, a páginas 160 e 161, que aqui o vendedor é obrigado tanto à custódia de coisa móvel, como de coisa imóvel, o que visa impor-lhe a defesa da coisa nas relações de vizinhança.

<sup>546</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, ob. cit., pp. 382 e 382.

<sup>547</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, ob. cit., p. 386.

a rielaborare secondo i nuovi criterii un modello classico che già, a proposito dei singoli contratti, la poneva e sviluppava”<sup>548</sup>. Assim, embora não sendo totalmente inovador, terá ocorrido uma mudança de orientação: enquanto na época clássica a responsabilidade do devedor derivava do simples fato de não se verificar o cumprimento, na *Res Cottidianae* e nas *Institutiones* apelam-se a critérios subjetivos de imputação, como o dolo e a culpa<sup>549</sup>. Nesta obra, os compiladores introduziram na categoria dos quase delitos situações de responsabilidade por fato de outrem, a propósito do capitão do navio e do estalajadeiro, pelos furtos cometidos contra os passageiros e clientes, respetivamente<sup>550</sup>.

XXV. A custódia foi nesta época reconduzida à diligência<sup>551</sup>, não se considerando já uma situação de responsabilidade do devedor pelo caso fortuito <sup>552</sup>. Assim, verificou-se uma transformação da ideia de custódia numa responsabilidade pela inobservância da diligência *in custodiendo*<sup>553</sup>. A título de exceção, resultava do *Digesto* 4,9,1 que a responsabilidade se mantinha para o *batelier*, o alberguista e o transportador, que eram responsáveis por todas as coisas, mercadorias e animais cuja conservação devessem assegurar<sup>554</sup>.

Entre nós, Vera-Cruz Pinto cita o caso do comodato, da *locatio operis* do patrão de um barco (*nauta*), do dono de um estábulo (*stabularius*), que seriam responsáveis pela perda da coisa, ainda que esta adviesse de fato de terceiro,

---

<sup>548</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, ob. cit., pp. 389 e 390.

<sup>549</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Problema della responsabilità contrattuale*, ob. cit., p. 390: “... per la struttura stessa della formula la responsabilità nel diritto classico derivava automaticamente dal mancato adempimento, senz’uopo di indagine alcuna su eventuali altri elementi di valutazione (...) nelle *Res Cottidianae* e nelle *Istituzioni imperiali*: in dua compilazioni cioè che, anche per questo contratto, richiamano criterii di imputazione eminentemente subiettivi (culpa, neglegentia) e che richiedono su di essi finanche la prova «costitutiva».”.

<sup>550</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, ob. cit., p. 377.

<sup>551</sup> GEORGES HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, ob. cit., p. 207, considera que a anterior responsabilidade automática pela custódia é transformada numa responsabilidade meramente subjetiva, por culpa *in custodiendo*.

<sup>552</sup> RAYMOND MONIER, *Manuel de Droit Romain. Les Obligations*, ob. cit., pp. 228 e 229.

<sup>553</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 118.

<sup>554</sup> Neste sentido, cf. GEORGES HUBRECHT, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, ob. cit., p. 207, referindo ainda o disposto no artigo 1953.º do CCF.



como o furto ou o dano, não sendo assim possível o devedor exonerar-se demonstrando que o fato ocorrera sem que tivesse tido culpa<sup>555</sup>. A esfera de risco associada ao devedor abarcava, por conseguinte, os riscos de furto ou de dano, independentemente de culpa própria<sup>556</sup>.

Logo, estes devedores seriam responsáveis pela circunstância de não restituírem a coisa tal como lhes houvera sido entregue, a menos que lograssem demonstrar a existência de um caso de *força maior*<sup>557</sup>. Assumiam uma responsabilidade mais intensa do que os devedores responsáveis pela custódia de uma coisa, porquanto, para além de responderem pelo furto da mesma, respondiam ainda pelos *danos causados por terceiros* – *Digesto* 4,9,1,8 e 5,1. Do mesmo modo, o capitão do navio era responsável pelos atos da sua tripulação e passageiros – *Digesto*, 47,2,14,17. Todas estas regras sobreviveram, assim, às alterações protagonizadas por Justiniano.

Destarte, na época pós-clássica a culpa passa a ser o critério chave para justificar a responsabilidade obrigacional<sup>558</sup>, aplicando-se também à responsabilidade pela custódia<sup>559</sup>.

XXVI. No caso do depósito, entendia-se que o depositário apenas respondia em caso de dolo, situação a que não seria decerto alheio o carácter gratuito deste contrato. Porém, tal regime apenas valia se efetivamente fosse celebrado um contrato de depósito e se não houvesse convenção das partes em

---

<sup>555</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 117.

<sup>556</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 117, onde salienta a custódia como um importante critério para a valorização da imputabilidade por incumprimento das obrigações em Roma.

<sup>557</sup> RAYMOND MONIER, *Manuel de Droit Romain. Les Obligations*, ob. cit., p. 229.

<sup>558</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, ob. cit., p. 124, refere que se trata do "*punto centrale e il cardine del sistema della imputabilità*".

<sup>559</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, ob. cit., p. 124, onde afirma: "*venne posta loro a base la violazione, sia pur minima, di un obbligo di diligentia in custodiendo: cosicchè dalla responsabilità oggettiva con tipici elementi discriminanti si è ormai passati ad un obbligo di diligente vigilanza*".

sentido contrário<sup>560</sup>. Já se o depósito fosse convertido em locação, o detentor da coisa veria a sua responsabilidade agravada (*D. 13, 6, 5, 2, Ulpiano*)<sup>561</sup>.

XXVII. Arangio-Ruiz sublinha, a propósito do fragmento *D. 13, 6, 10*, que originou um desvio grave dos critérios clássicos de responsabilidade, a propósito da responsabilidade do *inspector*, quando se questionava se este deveria ou não ser equiparado ao comodatário. De acordo com o desenvolvimento do fragmento, a responsabilidade do *inspector* passou a ser fundada na má escolha da pessoa do mensageiro, transformando-se assim a culpa, referida em Ulpiano, na chamada culpa *in eligendo*<sup>562</sup>. Este Autor critica intensamente esta modificação, que considera falaciosa e repugnante, por se reconduzir a uma mera ficção de culpa, cujo único objetivo seria considerar como subjetiva uma responsabilidade que as exigências da vida económico-social impunham como verdadeira e própria assunção de risco<sup>563</sup>.

XXVIII. No que concerne ao *horrearius*, ele não respondia em caso de violência inelutável, natural ou humana que se abatesse sobre o armazém, deteriorando a coisa; mas era, ao invés, responsável sempre que, entrando alguém no armazém, a coisa se perdesse, não relevando se tal sucedera por fato do seu pessoal ou de outros clientes. Para Arangio-Ruiz, “*É evidente l’analogia con la responsabilità del nauta o caupo o stabularius*”<sup>564</sup>.

Conforme salienta Cardilli, este conjunto de casos integra por vezes situações de *ficção de culpa*, nomeadamente através da extensão da obrigação de diligência à custódia<sup>565</sup>. Cardilli critica Krückmann, por entender que este

---

<sup>560</sup> RENÉ ROBAYE, *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit Romain*, ob. cit., p. 37.

<sup>561</sup> RENÉ ROBAYE, *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit Romain*, ob. cit., p. 38.

<sup>562</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 113, sublinhando que este é dos poucos casos em que tal se verifica no âmbito da responsabilidade contratual.

<sup>563</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 114.

<sup>564</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 121.

<sup>565</sup> RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 39, nota 83.

começa por conceber uma *responsabilidade sem culpa*, a qual acaba depois por abranger soluções construídas sobre a culpa, quer mediante a extensão obrigação de diligência normal, quer como ficção de culpa, quer ainda como omissão culposa de custódia<sup>566</sup>.

Também se encontram casos de custódia nos textos romanos sobre a sociedade, hipóteses próximas da custódia do pastor em relação ao rebanho, em que os trabalhadores são associados aos lucros da empresa<sup>567</sup>.

XXIX. Com Ulpiano, apurou-se que a responsabilidade pelos danos causados por animais se tratava de uma responsabilidade sem culpa do agente: *Pauperies est damnum sine iniuria facients datum* (D.9,1,1,3). Nestes tempos, o agente era o próprio animal, o qual, pela sua natureza, não poderia praticar um fato ilícito<sup>568</sup>. O animal em causa podia, então, ter somente duas patas<sup>569</sup>.

Segundo Zimmermann, o especial interesse deste tipo de responsabilidade assenta nas situações em que o dono era responsabilizado, ainda que não houvesse espontaneidade no comportamento do animal<sup>570</sup>. Correspondia esta responsabilidade ao conceito de *contra naturam*, ou seja, a esfera de risco atribuída ao responsável, que era assim consideravelmente amplo<sup>571</sup>.

XXX. Como interpretar o regime de responsabilidade neste período? A principal questão discutida pela doutrina reside em aferir se a responsabilidade podia então ser objetiva, nomeadamente assente na custódia, ou se era exclusivamente baseada na culpa.

---

<sup>566</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., p. 40.

<sup>567</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., p. 121. A aproximação ao caso do pastor refere-se às situações em que este era compensado com uma parte dos frutos decorrentes da pastagem (*locazione a soccida*).

<sup>568</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1097.

<sup>569</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1101.

<sup>570</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1102, dando como exemplo um caso de dano causado por uma mula que partiu a perna de um noivo, após este trazer um cavalo que começara a cheirar a mula.

<sup>571</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1103.

Normalmente, a culpa era identificada com a má escolha do intermediário, mas, segundo alguma doutrina, os éditos eram claros, ao dispensar a exigência da culpa, quer nos casos do *nauta*, *caupo* e *stabularius*, quer no caso do *publicanus*. A questão não é, todavia, pacífica, uma vez que outros autores consideram que os éditos expressavam a responsabilidade do *nauta*, *caupo* e *stabularius* pelos atos de outrem em termos de culpa<sup>572</sup>, se os bens que se encontravam no navio ou no interior do estabelecimento fossem roubados ou danificados.

Neste sentido, segundo Maccormack, é possível identificar aqui uma ficção ou presunção de culpa, já que o agente é responsável porque recorreu aos serviços de um *mali homines*, sendo que responde mesmo que tenha tomado todos os cuidados possíveis na seleção desta pessoa e, ainda assim, o dano ocorrer<sup>573</sup>.

A situação era mais difícil de justificar no caso do *habitor*, o qual era considerado responsável em duas situações diversas: danos causados por objetos atirados da sua casa para a rua e objetos posicionados perigosamente sobre uma rua onde passassem transeuntes, por parte de pessoas membros da sua casa. De acordo com Maccormack, a referência à culpa, neste caso, explica-se porque o responsável era o *habitor*, e não o *dominus*, daí que fosse necessário incluir a culpa na imputação: "*He, not the dominus, was the person in charge of the household and he could be said to be at fault in not having taken the precautions necessary to prevent breach of the edict*"<sup>574</sup>.

Para Ulpiano, o *habitor* seria responsável pelos atos de quaisquer pessoas que se encontrassem no interior da habitação<sup>575</sup>. Contudo, como nota Maccormack, o próprio Ulpiano reconhecia que este édito não fazia menção à culpa, noção que apenas terá sido introduzida posteriormente pelos juristas, de forma a dar uma justificação à responsabilidade do *habitor*<sup>576</sup>. Assim, o

---

<sup>572</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 547.

<sup>573</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 549.

<sup>574</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 529.

<sup>575</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 548.

<sup>576</sup> GEOFFREY MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, ob. cit., p. 548: "*He is liable because he has been at fault in not organising his household in such a way as to prevent things being thrown or poured out*".

*habitor* seria responsável porque ser ele quem se encontrava na posição adequada para, querendo, prevenir o dano.

XXXI. A concepção dominante sustenta que em Justiniano a responsabilidade por fato de outrem assentava apenas na culpa, concretamente na culpa *in eligendo*<sup>577</sup>. Como afirma Jhering, aquele que escolhe uma pessoa para realizar uma tarefa responde apenas pela sua culpa na designação de tal pessoa, a menos que se encontre obrigado a realizar ele mesmo a prestação, caso em que responde de forma absoluta pelos atos daquele a quem incumbiu de tal tarefa<sup>578</sup>.

Wicke manifesta algumas dúvidas sobre esta afirmação<sup>579</sup>. Com efeito, invoca que as fontes revelam inúmeros casos de responsabilidade por fato de auxiliares, com diversos graus, os quais apontam para a existência de diferentes critérios de imputação, consoante o interesse em causa<sup>580</sup>. Este Autor nota ainda que, nesta matéria, houve um desenvolvimento gradual, tendente ao alargamento da responsabilidade pelo auxiliar<sup>581</sup>. Ligando esta imputação à culpa, entende que o devedor respondia por culpa própria, a qual era expressada no ato do auxiliar<sup>582</sup>.

XXXII. Neste período, a culpa parece de fato ser o critério geral de atribuição de responsabilidade<sup>583</sup>. Segundo Coviello, a razão de ser da responsabilidade subjetiva como regra no Direito romano decorre da confusão que existia entre o conceito de pena e o de ressarcimento de um dano, levando a

---

<sup>577</sup> Neste sentido, ARRIGO DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, ob. cit., p. 148, afirmando que se responde, em regra, apenas pela própria culpa, a qual pode consistir “*nella mancanza di diligenza nella scelta (culpa in eligendo), o nella negligenza nel sorvegliare (culpa in custodiendo) o nel’insufficiente equipaggiamento, o in altre difettose precauzioni.*”.

<sup>578</sup> R. VON JHERING, *Études complémentaires de l’esprit du Droit Romain*, ob. cit., pp. 53 e 54. Assim, como salienta o Autor, a p. 55, *pour toute prestation qui ne doit pas être faite par le débiteur lui-même, la culpabilité personnelle est la condition de la pleine responsabilité.*

<sup>579</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 51.

<sup>580</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 51.

<sup>581</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 52.

<sup>582</sup> HARTMUT WICKE, *Respondeat Superior...*, ob. cit., p. 52.

<sup>583</sup> Sobre esta questão, cf. RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., pp. 23 e seguintes.

que apenas em caso de ato ilícito e culposo pudesse haver indenização<sup>584</sup>. No entanto, enquanto no dito *Direito romano clássico / Idade Clássica*, a responsabilidade se caracterizava por notas de imputação objetiva, com realce para os casos em que o devedor assumia a obrigação de custódia de uma coisa, no *Direito justinianeu* a responsabilidade do devedor era centrada na culpa<sup>585</sup>.

Não obstante, em determinados casos, o devedor era considerado responsável pela verificação de certos eventos, sem que para os mesmos houvesse contribuído com a sua conduta, revelando-se assim a ausência de qualquer critério de imputação a título subjetivo. A evolução pode ser expressa do seguinte modo:

Incumprimento (responsabilidade subjetiva) -----» Responsabilidade

Entre esses casos, continuava a ser relevante a situação da obrigação de custódia (*custodiam praestare*<sup>586</sup>). Talvez por isso, a custódia é um dos temas que mais dúvidas suscita nos estudiosos das fontes romanas. Para uns autores, a obrigação de custódia significava a responsabilidade pelos atos do pessoal empregue pelo devedor (opinio dominante), enquanto outros, como Wicke, sustentam que a custódia protegia apenas contra intervenções danosas vindas do exterior, não abrangendo, por isso, os atos do próprio pessoal.

Segundo Ricardo Cardilli, a orientação destes autores mostra-se frágil porquanto, ao mesmo tempo que criticam uma exclusiva responsabilidade objetiva no Direito clássico, de certo modo também encetam tentativas de aproximar o critério da culpa ao da responsabilidade objetiva.

---

<sup>584</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, p. 191.

<sup>585</sup> É talvez por esse motivo que EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 112, afirma que “O ordenamento jurídico romano, centrado na responsabilidade civil objetiva (...) foi ultrapassado, em virtude do trabalho dos compiladores justinianeus, por um sistema de responsabilidade multiarticulado, com várias graduações (dolus, culpa, casus), saído do *Corpus Iuris Civilis*.”.

<sup>586</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 116, considera que se trata de “uma forma de *diligentia* cujas faltas integram a noção de culpa”, embora por vezes as fontes romanas refiram esta expressão “no sentido de indicar a medida de responsabilidade do devedor, quando ele não teve a culpa, ou quando não se admite que ele possa provar que não teve culpa, na impossibilidade de cumprimento da prestação.”. O Autor acrescenta ainda que a custódia é um “importante critério para a valorização da imputabilidade por incumprimento das obrigações em Roma” (p. 117).

Caso o devedor assumisse a obrigação de custódia, seria responsável mesmo que o desaparecimento da coisa não decorresse de culpa sua, solução esta que impunha o reconhecimento de uma *responsabilidade sem culpa*<sup>587</sup>.

Esta diferenciação foi, contudo, objeto de interpretações diversas pela doutrina, havendo aqueles que reconduziam a custódia à responsabilidade subjetiva, enquanto outros a qualificavam como responsabilidade objetiva.

XXXIII. Em relação à primeira orientação, esta reconduz todas as situações de responsabilidade do devedor à responsabilidade subjetiva. Com efeito, para alguma doutrina, na evolução do Direito clássico para o Direito posterior, passou-se de um dever de custódia-*Haftung*, em que haveria uma *Zufallhaftung*, para uma espécie de dever de diligência na custódia – *Pflicht zur diligentia in custodiendo* – em que haveria uma *Verschuldenshaftung*. Portanto, no Direito romano clássico, o risco seria o limite da diligência exigida ao devedor, pelo qual este já não responderia; enquanto para o Direito pós-clássico, o risco seria somente o limite da responsabilidade por culpa<sup>588</sup>.

Ao analisar as *Instituições de Gaio*<sup>589</sup>, Kunkel conclui que não existia, nesta data, um conceito de culpa enquanto negligência, conceito este que apenas surgiu no período bizantino<sup>590 591</sup>. Assim, acaba por entender que, como a culpa não tinha o sentido de negligência, no período clássico a responsabilidade era, de fato, *objetiva*.

XXXIV. Também Arangio-Ruiz<sup>592</sup> diferenciava o sistema de responsabilidade contratual no Direito romano clássico e justinianeu. Todavia,

---

<sup>587</sup> Neste sentido, cf. RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 28.

<sup>588</sup> Explicitando a tese de Kunkel, RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 32, nota 77.

<sup>589</sup> RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Direito romano. Obrigações*, ob. cit., pp. 8 e 9, explica que Gaio partiu duma distinção entre direitos respeitantes às pessoas, às coisas e às ações, sendo no âmbito destas últimas que situa o tratamento das obrigações.

<sup>590</sup> WOLFGANG KUNKEL, *História del Derecho Romano*, ob. cit., p. 159.

<sup>591</sup> Assim também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 526.

<sup>592</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in diritto romano*, ob. cit., pp. 162 e seguintes.

de acordo com esta perspectiva, o sistema clássico era manifestamente objetivo, assente quer no dolo, quer na custódia, enquanto o segundo sistema seria totalmente construído sobre a culpa, entendida como imperícia, descuido ou negligência<sup>593</sup>.

Para este Autor, a base da distinção estaria no conteúdo da obrigação:

- a) Tratando-se de obrigação *de dare*, a responsabilidade do devedor seria baseada na culpa;
- b) Tratando-se de obrigação de conservação de uma coisa, a responsabilidade assentaria na custódia dessa coisa, abrangendo os perigos que não resultassem de força maior (*Zullhaftung*);
- c) Tratando-se de obrigação *de facere*, a responsabilidade assentaria também na culpa.

Uma outra orientação é a de Luzzatto, que considerava que no Direito clássico a responsabilidade contratual não incluía o caso fortuito<sup>594</sup>. Na sua perspectiva, a responsabilidade contratual deveria enveredar por uma de duas vias possíveis:

- a) Ou atribuir ao devedor uma determinada porção de risco, isto é, uma responsabilidade absoluta por certo evento, objetivamente determinado;
- b) Ou configurar a responsabilidade segundo um comportamento abstrato, com o qual o devedor se deveria conformar, sob pena de incumprimento da prestação.

Nesta perspectiva, a responsabilidade pela custódia seria integrada na segunda categoria, sendo baseada na inobservância da diligência do *bonus pater familias*. Assim, o caso fortuito seria configurado como uma situação de responsabilidade pela custódia.

---

<sup>593</sup> Explicitando a tese deste Autor, cf. RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 33, nota 78.

<sup>594</sup> Sobre a origem e a natureza da obrigação romana, cf. GIUSEPPE IGNAZIO LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milão, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1934, em especial as pp. 233 e seguintes.



Ainda neste grupo se destaca a opinião de Pflüger<sup>595</sup>. Este Autor centrou a sua atenção no título referente do *Digesto* referente ao contrato de comodato. Partindo da ideia de que, para os juristas clássicos, a culpa implicava sempre uma ação, ou um *in faciendo*<sup>596</sup>. Portanto, *culpam praestare* implicava que o devedor tivesse de realizar algo. Por sua vez, diligência viria de *diligere*, que significaria amor, não no sentido de amar mas sim no sentido de cuidar o melhor possível<sup>597</sup>. Já quanto à custódia, o Autor considera que não se tratava de assumir a responsabilidade por um qualquer evento ou acidente, aproximando-se antes da diligência, exigindo uma diligência especial<sup>598</sup>. O Autor parece reconhecer quatro formas de responsabilidade, tal como delineadas no fragmento *D. 13. 6. 5. 15, Ulpiano*, que seriam por dolo, culpa, diligência e custódia<sup>599</sup>. No entanto, nem todas se aplicam a todos os contratos. P.ex., o transportador, o inquilino e o comodatário responderiam pelas quatro formas, mas não seria assim nos demais contratos<sup>600</sup>. Naqueles casos, a responsabilidade em termos mais amplos explicar-se-ia porque a pessoa que tem a coisa em seu poder teria a vantagem da relação<sup>601</sup>.

XXXV. Na segunda orientação encontram-se assim os autores que procuram construir um sistema de responsabilidade objetiva assente na custódia<sup>602</sup>.

Krückmann procura explicar o sistema de responsabilidade contratual clássico sem o qualificar como *responsabilidade objetiva*, distinguindo antes entre:

- a) *Zusicherungshaftung*, ou seja, a responsabilidade resultante da prestação devida; e

---

<sup>595</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, em *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Band 65, 1947, pp. 121-218.

<sup>596</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ob. cit., p. 123.

<sup>597</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ob. cit., p. 123.

<sup>598</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ob. cit., p. 125.

<sup>599</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ob. cit., p. 128.

<sup>600</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ob. cit., p. 193.

<sup>601</sup> H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ob. cit., p. 193.

<sup>602</sup> PAUL KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, em *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Band 59, 1939, pp. 7-30.

- b) *Versicherungshaftung*, que seria a responsabilidade emanada da obrigação de o devedor assegurar um certo evento ou certa situação, que não pôde impedir, sendo que neste caso a culpa estaria ausente deste tipo de responsabilidade.

Por isso, para este Autor, a custódia corresponde a uma espécie de garantia, mas garantia decorrente do próprio contrato<sup>603</sup>.

Exemplos deste tipo de responsabilidade seriam:

- a) Responsabilidade do *habitor* pelas coisas que caíssem da habitação;
- b) Responsabilidade do proprietário do animal que cause um dano a outrem.

Nestas situações, não haveria qualquer negligência da parte do devedor (*keine Rede*).

Integram ainda esta categoria os casos em que o devedor assume um *praestare*, no sentido de garantir um certo resultado, como o comodatário em relação à *res* comodatada (*D. 13, 6, 5, 3*)<sup>604</sup>; o *horrearius* em *C. (Codice) 4, 65, 1*<sup>605</sup>; o arrendatário em *D. 19, 2, 9, 2 e 30,4*; o artista em *D. 19, 2, 13, 5*; o piloto na *Lex Rhodia*; os estalajadeiros em relação às coisas recebidas; os casos de *garantia de crédito* e *factispécie* análoga; a responsabilidade por fato de terceiro<sup>606</sup>; a culpa *in contrahendo*.

---

<sup>603</sup> PAUL KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, ob. cit., p. 11.

<sup>604</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 84 e 96, considera que neste texto se procurou reconduzir a responsabilidade do comodatário a situações de culpa. No exemplo do texto, foi comodatado um escravo, com funções domésticas, juntamente com um pote. Pergunta-se o que acontece se o servo perde o pote, considerando-se que este não foi confiado ao próprio escravo, mas sim ao comodatário, havendo assim não um mas antes dois comodatos. Em consequência, o risco de perda do pote corre pelo próprio comodatário. Arangio-Ruiz salienta que, aqui, a palavra *culpam* é trocada com a palavra *custodiam*, o que terá sido feito antes de Justiniano. Acrescenta, ainda, a p. 97, que este texto não foi escrito em tema de responsabilidade do comodatário, mas antes em sede de extensão do comodato. No § 5 deste excerto, refere-se que se uma pessoa emprestar uma égua a outra e esta vier a ter um potro, o comodatário deve igualmente a custódia do potro. Contudo, na época justinianeia, a expressão *custódia* foi substituída por *diligência*.

<sup>605</sup> VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, ob. cit., pp. 119 e 120, considera, com base num escrito de Alessandro Severo, que “*il custodiam praestare è un elemento naturale del contratto fra l’horrearius e i suoi clienti*”, acrescentando que o saque, perpetrado por terceiros que forçaram as portas do armazém, “*suole essere considerata come un caso di forza maggiore, non compreso nei confini della responsabilità per custodia*”. Todavia, atendendo às fontes posteriores, reconhece que este entendimento não se encontra adotado.

<sup>606</sup> PAUL KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, ob. cit., pp. 14 a 16.

XXXVI. A este propósito, Betti construiu a teoria da *auto-responsabilidade*, por forma a explicar a responsabilidade contratual no Direito romano<sup>607</sup>. Procurando obviar à ideia de responsabilidade objetiva por ausência de culpa, o Autor tentava basear esta responsabilidade no aspeto positivo desta solução. Segundo esta perspetiva, o problema não se limita a determinar a qualificação da responsabilidade como subjetiva ou objetiva. Partindo da diferenciação entre incumprimento e responsabilidade, isto é, por um lado, o ato ilícito, por outro, a sua sanção, num caso distingue um elemento subjetivo da *factispécie*, que reside na imputação, enquanto no outro haveria somente responsabilidade.

A segunda situação é caracterizada por Betti como *auto-responsabilidade*, a qual abrange um conjunto de situações sociais que importam em abstrato um poder e um encargo de controlo e de prevenção do possível dano para o credor, cuja valoração assenta em critérios objetivos, vistos em termos de ética social de cooperação.

Criticando esta posição, Cardilli considera que existe uma insanável contradição entre conceber uma responsabilidade por fato próprio em que a culpa estaria ausente, uma vez que tal tese pressuporia sempre uma ficção – ou de dolo objetivado ou de culpa presumida<sup>608</sup>. Exemplo disso é o caso da obrigação de custódia, em que não é possível desligar a responsabilidade da culpa do devedor ou da sua conduta. Assim, Cardilli conclui que *“il concetto di ‘autoresponsabilità’ altro non sarebbe che una ‘responsabilità per colpa’, con l’única differenza che la colpa qui sarebbe riconosciuta in base a criteri che prescindono dalla concreta condotta del contraente”*<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> EMILIO BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, ob. cit., pp. 241 a 243, onde diferencia entre: a) o elemento objetivo característico do ilícito contratual, que corresponde ao incumprimento da obrigação; b) o elemento subjetivo, ou imputabilidade do incumprimento ao devedor. O Autor afirma que a responsabilidade é a *“sanzione del torto contrattuale”*, que não pode ser ativada originariamente, mas apenas após o incumprimento.

<sup>608</sup> RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 41, nota 86.

<sup>609</sup> RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 42.

XXXVII. Entre nós, Vera-Cruz Pinto parece integrar-se na orientação que reconduzir a custódia a uma situação de responsabilidade objetiva: “É que, quando usado [o termo custódia] nas fontes com um significado técnico-jurídico (por vezes o termo custódia é utilizado para indicar de forma genérica a actividade dirigida a preservar uma coisa de quaisquer danos externos, sem referência a nenhum grau de responsabilidade), no âmbito de relações contratuais, indica um grau de responsabilidade objectiva, significando que o devedor é responsável pelo incumprimento da obrigação causado por certos fatos, até aí classificados como casos fortuitos e que normalmente em outro tipo de relações, libertariam o devedor do vínculo obrigacional.”<sup>610</sup>. Assim, aqueles a quem competia a custódia de uma coisa, respondiam pelo roubo<sup>611</sup>.

Quanto ao nosso tema, o Autor sublinha que, de acordo com a interpretação mais corrente do Direito romano, neste não era o devedor *objetivamente* responsável pela culpa de terceiros<sup>612</sup>. Ao invés, poderia responder pela sua própria culpa – *in eligendo* e *in vigilando*.

XXXVIII. Pela nossa parte, considerando esta controvérsia, não se afigura como pode ser afirmada uma responsabilidade subjetiva baseada numa culpa que prescindia de uma apreciação concreta da conduta do devedor. Se é culpa, associada a esta terá necessariamente de existir uma conduta, em cuja valoração assentará a respetiva responsabilidade.

Há no entanto um aspeto relevante, que parece poder extrair-se da tese de Betti, que redundaria na ideia de controlo e possibilidade de prevenção – poder e encargo – que justifica a atribuição do resultado danoso ao devedor. Se a coisa em relação à qual o sujeito exerce a sua custódia desaparece, por furto, ou se simplesmente perece, o resultado é imputado ao devedor na medida em que estava na sua esfera de ação a possibilidade de impedir este resultado. Neste

---

<sup>610</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, Volume I, ob. cit., pp. 117 e 118.

<sup>611</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, Volume I, ob. cit., p. 118.

<sup>612</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, ob. cit., p. 122. Refere, contudo, que assim não era na atividade comercial, em que o comerciante seria responsável pelos atos negligentes do encarregado do seu estabelecimento comercial.

sentido, a responsabilidade pode aproximar-se da imputação subjetiva, caso se entenda que, com a ação omitida, o resultado poderia ser evitado. Seria, ainda assim, uma imputação subjetiva com culpa ficcionada. Acresce que, com a sua tese, Betti parece ainda ter contribuído para a distinção entre responsabilidade e risco: no primeiro caso referido por este Autor haveria imputação do incumprimento, enquanto no segundo tratar-se-ia de suportar um risco.

XXXIX. A nosso ver, parece um fato indesmentível que, no Direito romano, existiam soluções que apenas eram explicáveis numa lógica de responsabilidade objetiva, porquanto não assentavam numa determinada conduta do devedor, funcionando automaticamente perante certa situação considerada, por si só, relevante<sup>613</sup>.

Assim, parece-nos que haveria responsabilidade a título de dolo, mera culpa e custódia, entendida esta última como a situação em que uma coisa está sob a vigilância de outrem, que responderia por qualquer dano ocorrido na coisa, designadamente em caso de furto.

Uma conduta não culposa do devedor corresponde a um *casus* – risco, que deve correr por conta da pessoa cujo património seria reduzido pela destruição da coisa, pela impossibilidade da prestação ou por alguma perda desta<sup>614</sup>.

Esta é a perspetiva de Kaiser, ou seja, de que a responsabilidade pela custódia não assenta na culpa, sendo no entanto alvo de crítica por Cardilli, que entende que não se chega a identificar qual é o fundamento desta imputação<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> Neste sentido, cf. RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 44.

<sup>614</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, ob. cit., p. 43, define o *casus* como “qualunque avvenimento o fatto di cui il debitore non deve giuridicamente rispondere”.

<sup>615</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 46, nota 91: “Così, si da un lato si supera lo schematismo che aveva caratterizzato la ricostruzione storica nelle ricerche interpolazionistiche dei criteri diversi dalla colpa, in una outra prospettiva esclusivamente ‘negativa’, come ‘responsabilità senza colpa’, senza in realtà riuscire a chiarire quale ne fosse il fondamento.”.

XL. Outras perspetivas são admissíveis, como a de Talamanca<sup>616</sup>: para este Autor, a custódia tinha dois limites: a culpa (dolo) e o risco (*casus*): a *custodiam praestare* não representava, no Direito romano, um critério geral de imputação, sendo apenas aplicável a certas factispécies, exprimindo uma responsabilidade objetiva, baseada na impossibilidade de restituir a coisa devido a furto. O que parece significar, afinal, que este Autor reconduz a responsabilidade pela custódia a uma modalidade de responsabilidade objetiva.

Aliás, assim o afirma Talamanca: “*Su può quindi affermare, come sostanzialmente pacifico, che la custodia concreta per il diritto classico un criterio oggettivo di responsabilità, intendendo per tale quello che addossa al debitore la responsabilità per determinati eventi, indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del debitore e l’evento*”<sup>617</sup>.

Acrescentando ainda este Autor que não haveria uma relação obrigacional pela qual o devedor respondesse somente por custódia, sendo este um critério antes aplicável a determinadas factispécies obrigacionais específicas<sup>618</sup>. Assinala, por fim, que os juristas medievais recorreram ao conceito romano de custódia para desenvolver as classificações atinentes à culpa, não tendo conservado o significado que na época romana era atribuído à custódia<sup>619</sup>.

A crítica de Cardilli à doutrina que se pronuncia sobre a responsabilidade pela custódia parece ser assim não tanto a qualificação como responsabilidade sem culpa – objetiva – mas essencialmente o fato de estes autores não explicarem o papel do perigo (*periculum*) e do risco (*casus*) como critérios utilizados para a delimitação da responsabilidade pela custódia<sup>620</sup>.

---

<sup>616</sup> MARIO TALAMANCA, *Custodia (dir. rom.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Cosa – Delib, Milão, Giuffrè Editore, 1962, pp. 561-564.

<sup>617</sup> MARIO TALAMANCA, *Custodia (dir. rom.)*, ob. cit., p. 562.

<sup>618</sup> MARIO TALAMANCA, *Custodia (dir. rom.)*, ob. cit., p. 562.

<sup>619</sup> MARIO TALAMANCA, *Custodia (dir. rom.)*, ob. cit., p. 563, onde afirma: “(...) *ma, sussunta nella categoria della culpa levissima e della correlativa exactissima diligentia, la diligentia in custodiendo perde quella fisionomia particolare, che si è visto conservare ancora all’epoca giutiniiana.*”

<sup>620</sup> RICCARDO CARDILLI, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, ob. cit., p. 48.

XLI. Outros autores consideram que a responsabilidade contratual no Direito romano traduzia, tão-só, uma obrigação *di assicurare*. Neste sentido, se aproxima a ideia de Cardilli, que precisamente elogia e se associa a esta tese por colocar a questão da correção metodológica de recurso ao conceito de responsabilidade, nas aceções de objetiva e subjetiva, e ao conceito de risco<sup>621</sup>. Ao que acresce que, quando se fala em responsabilidade, o conceito atual não corresponde ao conceito romano<sup>622</sup>, principalmente em relação a certas figuras que evoluíram muito posteriormente, como a custódia e a culpa.

Nesta perspetiva, *a custódia seria essencialmente, não um critério de imputação da responsabilidade, mas antes uma prestação*, considerando que os problemas suscitados pela doutrina resultam precisamente do equívoco de confundir a prestação com o critério de responsabilidade. Assim, aquele que assume uma obrigação de custódia vincula-se a uma atividade específica (*custodiam*), a qual se encontra submetida a um regime de responsabilidade próprio, o que não pode no entanto ser confundido com um critério geral de responsabilidade<sup>623</sup>.

Segundo esta perspetiva, por custódia entendiam os romanos a ideia do resultado que, com essa mesma custódia, pudesse ser obtido, de forma que a não obtenção desse resultado seria considerada incumprimento imputável ao devedor. Cardilli sublinha que o “resultado” não seria exatamente a salvação absoluta da coisa, contra tudo e contra todos, mas somente de certos perigos<sup>624</sup>. Assim, o conceito romano de *praestare* não era despiciendo, pois enquanto hoje em dia prestação pode significar quer a prestação propriamente dita, quer a

---

<sup>621</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., pp. 49 e 50.

<sup>622</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., p. 50.

<sup>623</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., p. 51, nota 99, critica autores como Cannata, por acabarem por cair no mesmo equívoco que encontra nos restantes autores, ao afirmar que a custódia daria lugar a uma critério de responsabilidade autónomo, concretamente de responsabilidade sem culpa.

<sup>624</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., p. 51, nota 99.

responsabilidade, no Direito romano este seria um conceito unitário; concepção que, de certo, modo parece afetar este tema<sup>625</sup>.

Por oposição às prestações *de dare* e *de facere*, no *praestare* o devedor estaria vinculado a um especial reforço da posição do credor em resultado da assunção de risco pelo devedor<sup>626</sup>. As situações em que fosse acrescentada a expressão *praestare* seriam todas aquelas em que haveria essa responsabilidade reforçada – *sanum esse praestare, dolum praestare, custodiam praestare, casum praestare, periculum praestare*. Portanto, da utilização desta expressão resultaria uma garantia especial devido à assunção do risco.

XLII. Parece então que no Direito romano se pode distinguir entre, por um lado, responsabilidade objetiva e subjetiva, e, por outro, responsabilidade e risco.

Em sentido próximo, Cardilli parece partilhar a ideia de que estes conceitos exprimem realidades diferentes, mas não aceitar a recondução do problema à ideia de reforço ou *assicurazione*, considerando, ao invés, que apesar de noção técnica de responsabilidade ser atual, não o é o seu conceito. Assim, defende que o problema estará em definir o conceito de *praestare*, designadamente para aferir se este traduz somente um comportamento do devedor ou algo de diverso, desde logo no sentido de ato positivo, independente das prestações *de dare* e *de facere*, e que constitua o fundamento da *actione teneri*<sup>627</sup>.

XLIII. Como se viu, no que concerne à responsabilidade por fato de outrem, os autores divergem quanto à sua admissibilidade neste período, em especial quanto à natureza da responsabilidade nos seguintes casos:

---

<sup>625</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., p. 52.

<sup>626</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., p. 52.

<sup>627</sup> RICCARDO CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.), ob. cit., pp. 54 e 55.



- a) Uma pessoa era responsável se alguém, no interior da sua habitação, arremessasse um objeto a uma pessoa que se encontrasse na rua, assim lhe causando danos (*actio de effusis vel deiectis*);
- b) Responsabilidade dos transportadores marítimos e dos albergueiros pelos danos causados pelos seus empregados a bens que fossem propriedade dos hóspedes (*receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* e *actio furti vel damni in factum adversus nautos, caupones, stabularios*);
- c) Responsabilidade dos cobradores de impostos (*publicani*)<sup>628</sup>.

Em todos estes casos se nota a existência de dois traços comuns:

*Por um lado*, a ideia de *limitação funcional*, isto é, de que a responsabilidade era limitada aos atos exercidos no âmbito da função desempenhada.

*Por outro lado*, a *limitação da responsabilidade*, baseada na restrição da responsabilidade do proprietário do navio e do proprietário de uma loja responsável pelos atos dos seus propostos (*praepositio*)<sup>629</sup>.

Destarte, a responsabilidade por fato de outrem parece ter surgido com esta *dupla limitação*, isto é, limitação ao nível dos fatos praticados pelo proposto que podem ser imputados ao mestre, e, por outro lado, limitação ao nível do montante de responsabilidade, a ponto de, numa fase inicial, este ser restrito aos valores em dívida a nível salarial<sup>630</sup>.

Por outro lado, segundo o brocardo romano *ubi commoda ibi incommoda*, quando uma pessoa auferir o lucro, deve igualmente suportar, em termos jurídicos, o dano correspondente. Uma manifestação deste princípio era o próprio regime da responsabilidade contratual, para quem entendesse que esta era regulada segundo a utilidade de cada uma das partes retirava do contrato<sup>631</sup>.

<sup>628</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 124.

<sup>629</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 124.

<sup>630</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 125.

<sup>631</sup> Neste sentido, LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, pp. 388 e 389.

Assim, durante este período, verificou-se uma modificação da natureza da responsabilidade, progressivamente aproximada à exigência de culpa do agente, ainda que nalguns casos esta parecesse ser claramente dispensada. Para o tema que nos ocupa, importa constar a admissibilidade da responsabilidade por atos e omissões de outras pessoas, ainda que não necessariamente nos moldes que encontramos atualmente consagrados na lei.

### Legislação visigótica

I. São muito escassos os dados sobre a responsabilidade obrigacional por fato de outrem durante este período. Segundo Jaime Gouveia, esta era apenas consagrada nos estatutos e compromissos das corporações de artes e ofícios, em relação à responsabilidade dos mestres pelos danos causados por oficiais e aprendizes a coisas dos seus clientes<sup>632</sup>.

No entanto, é importante assinalar que o princípio da culpa, que começou a desenvolver-se no Direito romano, ascendeu ao seu ponto mais alto com a inspiração cristã, refletindo, como assinala Menezes Cordeiro, a ideia de culpa ética<sup>633</sup>.

II. No Código de Eurico, publicado na Gália e fortemente influenciado pela tradição romanística, na linha do casuísmo, eram previstas algumas situações que podem relevar para o estudo do nosso tema<sup>634</sup>:

- a) Tanto no comodato como no depósito, tendo o devedor utilizado a coisa nos termos acordados, não respondia em caso de perda fortuita;
- b) Era admitida a responsabilidade do proprietário de uma loja, pelos atos de um aprendiz<sup>635</sup>;

---

<sup>632</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 413. Sobre este período, em termos gerais, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 153 e seguintes. Em termos gerais, sobre as obrigações no período intermédio, cf. GUIDO ASTUTI, *Obbligazioni (dir. interm.)*, em AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, *Obbligazioni - Omicidio*, Milão, Giuffrè Editore, 1979, pp. 78 e seguintes.

<sup>633</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 417. O Autor acrescenta, a p. 418, que “O influxo canónico foi bastante significativo, sobretudo no tocante ao que, hoje, poderíamos chamar a «ideologia» da responsabilidade civil, no Ocidente”.

<sup>634</sup> Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5.<sup>a</sup> edição, Com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 125 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Apontamentos de História do Direito*, Coimbra, 1980, pp. 101 e seguintes.

<sup>635</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 271.

- c) Era também claramente conhecida a responsabilidade do capitão pelos atos dos tripulantes<sup>636</sup>.

III. Na legislação lombarda, o furto não era equiparado ao caso fortuito, sendo estabelecida a responsabilidade do comodatário e do depositário pela perda da coisa<sup>637</sup>. Tratava-se, segundo alguma doutrina, de responsabilidade objetiva, e não de presunção de culpa do devedor<sup>638</sup>.

Assim, verifica-se que a legislação lombarda, tal como sucedia já no Direito romano, distribuía a responsabilidade de acordo com o interesse que cada parte tinha no contrato<sup>639</sup>.

IV. Para além disso, no âmbito do penhor, o credor pignoratício respondia por qualquer perda da coisa empenhada, ainda que houvesse observado todas as suas obrigações contratuais. Contudo, esta responsabilidade foi mitigada na hipótese de penhor de escravos ou animais, caso em que no prazo de doze dias o credor era liberado de qualquer responsabilidade<sup>640</sup>.

V. Importante assinalar que também no Direito germânico antigo eram admitidos vários casos de responsabilidade por fato de outrem<sup>641</sup>, como p.ex. a responsabilidade do patrão, pelos atos do servo, ou a responsabilidade do artífice pelos seus empregados.

Do mesmo modo, em Itália, o Direito bárbaro<sup>642</sup> reconhecia a responsabilidade por fato de outrem, incluindo numerosos casos de responsabilidade objetiva, baseados na mera relação de pertença ou sujeição de

---

<sup>636</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 271.

<sup>637</sup> Neste sentido, ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, em AAVV, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè Editore, 1988, pp. 1060 e seguintes.

<sup>638</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>639</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>640</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>641</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 448 e seguintes.

<sup>642</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 111 e seguintes. Cf. também GUIDO ASTUTI, *Obbligazioni (dir. interm.)*, ob. cit., pp. 93 e seguintes.

uma pessoa a outra, bem como a responsabilidade de uma pessoa que hospedava em sua casa terceiros, respondendo pelos danos que esta causasse, principalmente quando fosse uma pessoa desconhecida ou estrangeira<sup>643 644</sup>.

Era ainda admitida a responsabilidade do mestre pelos atos do aprendiz, na execução da obra que lhe fosse atribuída<sup>645</sup>. Não existia, contudo, uma regra escrita sobre esta responsabilidade, que se retirava antes do regime de organização das corporações de artesãos e mestres e da circunstância de ser pacífico que o mestre respondia diretamente perante o público pela execução defeituosa da obra ou pelo incumprimento.

Também no Direito marítimo era então reconhecida a responsabilidade do capitão pelos atos da tripulação, com destaque para o *Consulado del Mare*<sup>646</sup>.

---

<sup>643</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 448 e 449. O Autor acrescenta ainda que todos os que habitavam a mesma casa eram solidariamente responsáveis pelos atos praticados por qualquer um deles.

<sup>644</sup> Sobre as leis dos Bárbaros, cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 125 e seguintes.

<sup>645</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 449.

<sup>646</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 449.

## Escola dos glosadores

I. Desde o século VI até ao século XII que se verificou um período de revitalização do Direito romano justinianeu<sup>647</sup>. Nos séculos XII / XIII<sup>648</sup>, a Escola dos Glosadores<sup>649 650 651</sup> – responsável pela sistematização do *Corpus Iuris Civilis* - impôs uma mudança de perspetiva, através da redescoberta do Direito romano<sup>652 653</sup>. Daqui resultou, pelo menos à primeira vista, uma redefinição ou redescoberta<sup>654</sup> do princípio da culpa<sup>655</sup>.

Esta tendência significou o regresso ao princípio da responsabilidade subjetiva, salvo nos casos da responsabilidade por custódia, que, ao invés, propendia para um carácter essencialmente objetivo. Assim, em termos contratuais, tal como extracontratualmente, o devedor respondia quando houvesse culpa da sua parte pelos danos causados ao credor, não respondendo pelo caso fortuito nem pela força maior<sup>656</sup>.

II. Entre nós, no período da pré-codificações salientam-se os estudos de Pascoal de Mello<sup>657 658</sup>, onde este apelava ao “abandono” do Direito romano e

---

<sup>647</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., p. 231. Cf. também GUIDO ASTUTI, *Obbligazioni (dir. interm.)*, ob. cit., pp. 100 e seguintes.

<sup>648</sup> Cf. FRANCESCO CALASSO, *Lezioni di Storia del Diritto Italiano. Le Fonti del Diritto (Sec. V – XV)*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, pp. 175 e seguintes.

<sup>649</sup> Sobre o tema, cf. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 2.<sup>a</sup> edição, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 38 e seguintes.

<sup>650</sup> Acerca da Escola dos glosadores, FRANCESCO CALASSO, *Lezioni di Storia del Diritto Italiano. Le Fonti del Diritto (Sec. V – XV)*, ob. cit., pp. 287 e seguintes.

<sup>651</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apostamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 188 e seguintes.

<sup>652</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>653</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., p. 236, salientando que “O verdadeiro renascimento do direito romano, quer dizer, o estudo sistemático e a divulgação, em kargas dimensões, da obra jurídica justinianeia, inicia-se apenas no século XII, com a Escola de Bolonha”.

<sup>654</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 450.

<sup>655</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, p. 271.

<sup>656</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>657</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, N.º 173, Fevereiro, 1968, pp. 45 e seguintes, em especial a p. 55.

do Direito canónico, sugerindo a dedicação às leis pátrias, em substituição daqueles, que teriam sido objeto de estudo desde o início das universidades<sup>659</sup>.

O Autor explica que, após a queda do Império romano, o domínio visigótico deu origem à vigência do Código dos Visigodos<sup>660 661</sup>. Posteriormente, a formação do Condado Portucalense deu azo ao aparecimento de leis gerais, emitidas pelo Reino<sup>662</sup>. No entanto, no século XII, fazia-se ainda uso do Direito justinianeus, integrado no movimento de renascimento do Direito romano e do Direito canónico <sup>663 664</sup>.

A autoridade do Direito romano manteve-se com o Reinado de D. João I, a partir de 1385, que promoveu inclusivamente a tradução para português do Código Justinianeus, aí se incluindo ainda algumas interpretações de Acúrsio e de Bártolo<sup>665</sup>. Segundo Melo Freire, entre os séculos XIV e XV era muito o uso do Direito romano e do Direito canónico, afirmando mesmo que “*os antigos adoravam Acúrsio, Bártolo e outros como grandes luminaires*”<sup>666</sup>.

Pascoal de Mello elaborou um conjunto de compêndios, que adotava uma sistematização dividida por três áreas: a) Direito das pessoas, incluindo a família; b) Direito das coisas, incluindo as sucessões; c) Direito das obrigações e

---

<sup>658</sup> Assim também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 219 e seguintes.

<sup>659</sup> Sobre este período em Portugal, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Direito romano e história do Direito português*, ob. cit., pp. 339 e seguintes.

<sup>660</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 86.

<sup>661</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 147 e seguintes e pp. 203 e seguintes.

<sup>662</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, em Boletim do Ministério da Justiça, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, N.º 173, Fevereiro, 1968, p. 6.

<sup>663</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 273 e seguintes.

<sup>664</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 31.

<sup>665</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 39.

<sup>666</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 46.

ações<sup>667</sup>. Além disso, diferenciava entre obrigações provenientes de contrato, quase contrato, delito e quase delito<sup>668</sup>.

---

<sup>667</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 219.

<sup>668</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 219.



## Escola dos pós-glosadores

I. A partir do século XIV, os *post-glosadores* (também chamados comentadores, práticos ou *consiliadores*)<sup>669</sup> foram responsáveis pela instituição de uma aplicação prática do Direito, bem como pelo domínio de várias instituições surgidas apenas no Direito medieval e desconhecidas da época romana<sup>670 671</sup>.

II. Este período revela uma *forte recepção do Direito romano*, ao qual se acrescentava a influência canónica<sup>672</sup>.

Segundo Ferrara, o ressurgimento das fontes romanas originou o aparecimento de duas correntes<sup>673</sup>.

- a) Por um lado, autores que baseavam a responsabilidade exclusivamente no conceito de culpa, como Baldo, Donello e Fabro.
- b) Por outro lado, aqueles que admitiam alguns casos de responsabilidade objetiva, como Bártolo, Bonacossa e Stryckius.

Assim, a ideia de que a responsabilidade pelo não cumprimento é, em princípio, subjetiva, assenta em grande medida no Direito comum<sup>674</sup>.

III. O contributo de Bártolo deu-se essencialmente ao nível da responsabilidade subjetiva e dos diversos graus de culpa, diferenciando entre cinco graus possíveis. A nível da responsabilidade por fato de outrem, Bártolo admitia a imputação a título objetivo, dando como exemplo a responsabilidade dos cobradores de impostos, pelos atos cometidos pelos seus funcionários, bem

---

<sup>669</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 216 e seguintes.

<sup>670</sup> FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ob. cit., p. 79.

<sup>671</sup> Neste sentido, cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 264 e seguintes.

<sup>672</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 118 e 119.

<sup>673</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 450.

<sup>674</sup> Neste sentido, ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

como a dos artesãos pelos atos dos seus aprendizes e dos pais pelos atos dos seus familiares<sup>675</sup>.

III. A doutrina de Bártolo foi fortemente criticada, destacando-se a obra de Donello, igualmente assente na ideia de culpa, considerando que o devedor responde por dolo, bem como por caso fortuito, esclarecendo que nem todos os tipos contratuais admitiam todos os tipos de culpa<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 450.

<sup>676</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

## Evolução subsequente

I. Os séculos XVI e XVII foram marcados pelo humanismo, sendo que para os estudiosos de então a principal preocupação era a de reconstituir o *verdadeiro Direito romano clássico*<sup>677</sup>.

A época é marcada pela construção de vários institutos e pela descoberta de relações novas entre estes.

II. Seguiu-se a pandectística, a partir de finais do século XVIII, que tinha como finalidade facilitar a aplicação do Direito romano, ainda que com respeito pelas suas fórmulas, mas admitindo também o seu enriquecimento, com novos conteúdos<sup>678</sup>.

---

<sup>677</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 119.

<sup>678</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 119.



## JUSRACIONALISMO

I. O tema sofreu novos desenvolvimentos no período jusracionalista<sup>679</sup>. Nos séculos XVII e XVIII vingaram as doutrinas do Direito natural, que colocaram a razão como a fonte das regras jurídicas<sup>680</sup>, no movimento do jusracionalismo e dando origem à primeira sistemática<sup>681</sup>.

A este respeito, Menezes Cordeiro assinala que o jusracionalismo aprofundou os fundamentos da responsabilidade, de tal modo que *“foi tão longe que antecipou, de quase dois séculos, a problemática subjacente à imputação objectiva”*<sup>682 683</sup>.

II. Destaca-se desde logo Grotius, que, no século XVII, considerava que aquele que, culposamente, prejudicasse a vida, o corpo, a liberdade, a honra e a liberdade de atuação de outrem, deveria indemnizar. Nesta perspetiva, a responsabilidade civil poderia provir do contrato, da lei ou de um malefício<sup>684 685</sup>.

III. Na mesma linha se destaca Pufendorf<sup>686</sup>, também no século XVII, que considerava que, uma vez que o homem tem o dever fundamental de não

---

<sup>679</sup> Acerca do tema, cf. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 2.<sup>a</sup> edição, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 279 e seguintes. Bem assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *História das Ideias Políticas. Apontamentos*, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 11 e seguintes.

<sup>680</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 349111 e seguintes.

<sup>681</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 419.

<sup>682</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., pp. 421 e 422.

<sup>683</sup> Sobre o tema, cf. também A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, ob. cit., pp. 308 e seguintes.

<sup>684</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 419.

<sup>685</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 389 e seguintes.

<sup>686</sup> Sobre a questão, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 129.

causar danos a outrem, a responsabilidade civil assenta na imputação do dano a um comportamento do agente<sup>687</sup>. Porém, admitia alguns casos de responsabilidade sem culpa, por via da *aequitas naturalis*, em que o *dominus* era obrigado a indemnizar os danos causados pelo seu escravo ou animal<sup>688</sup>.

IV. Vinnen elenca três modalidades de culpa – lata, leve e levíssima – a que correspondem três graus de diligência – mínima, média e máxima. No âmbito contratual, a variedade de contratos fazia com que a responsabilidade não fosse sempre a mesma por todos os tipos de culpa<sup>689</sup>. Assim:

- a) Nos contratos com exclusiva utilidade para o credor, como o depósito, o devedor respondia somente pelo dolo e pela culpa grave, que àquele era equiparada;
- b) Nos contratos de interesse de ambas as partes ou de interesse exclusivo do devedor, como o comodato, este respondia também pela culpa, entendida como culpa leve;
- c) A responsabilidade podia ser excluída pelas partes, salvo em caso de dolo.

V. De suma importância foram ainda os trabalhos de Domat. Domat considerava que, sendo a responsabilidade um efeito do próprio contrato, ela estava relacionada com a fatispécie contratual: o critério aplicável era o critério da diligência devida segundo a natureza do contrato e o acordo das partes, sendo a culpa excluída em caso de caso fortuito.

De acordo com a sua perspectiva, todas as matérias de Direito civil têm entre si uma ordem simples e natural, que forma um corpo unitário e organizado<sup>690</sup>. Desenvolvendo esta ideia, o Autor define as convenções como sendo as obrigações que se formam pelo acordo mútuo de duas ou mais

---

<sup>687</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 420.

<sup>688</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 421.

<sup>689</sup> ITALO BIROCCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>690</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. XXVII.

pessoas, que assumem entre si o dever de executar uma prestação que prometem<sup>691</sup>.

Domat diferenciava entre as obrigações assumidas voluntariamente, e aquelas que surgiam independentemente da vontade<sup>692</sup>. Dentro das obrigações voluntárias, distinguia as seguintes<sup>693</sup>:

- a) As obrigações assumidas entre duas ou mais pessoas, que se ligavam reciprocamente, uma à outra, por sua vontade;
- b) As obrigações assumidas apenas por vontade de uma pessoa, i.e., o próprio obrigado.

VI. Nesta época, era também reconhecida a responsabilidade por fato de outrem, sendo mencionada por Domat especificamente a respeito do contrato de hotelaria (*engagements des Hôteliers*)<sup>694</sup>. Eram os seguintes os traços essenciais desta responsabilidade:

- a) Através deste contrato, o proprietário do hotel obrigava-se a alojar o viajante, bem como a guardar os seus bens, cavalos e outros equipamentos;
- b) O proprietário do hotel respondia pelo fato das pessoas da sua família, bem como dos seus domésticos, cometidos no exercício das respetivas funções;
- c) Assim, se um viajante entregasse a um empregado do hotel uma mala, tendo aquele empregado a chave do quarto, ou se colocasse o cavalo à sua guarda, o mestre responderia pelos danos que viessem a ter lugar nalgum destes bens;

---

<sup>691</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. 19: “*Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui le sont entr’eux une loi d’exécuter ce qu’ils promettent*”, incluindo-se aqui todos os contratos e convenções de qualquer natureza.

<sup>692</sup> Neste sentido, cf. M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, Paris, Chez Knapen, 1777, pp. V e seguintes.

<sup>693</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. VI.

<sup>694</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., pp. 159 e seguintes.

- d) Diferentemente, se um viajante entregasse um saco com dinheiro a uma criança ou a um ajudante de cozinha, sem ser à vista do mestre, este não responderia;
- e) O proprietário do hotel era obrigado a guardar, ou a fazer guardar, de forma diligente, as coisas que o viajante lhe confiasse, quer este se encontrasse presente, quer estivesse ausente;
- f) Respondia pelos atos próprios e pelos atos *da sua gente*;
- g) Não era exonerado pelo caso fortuito, se a vigilância pudesse evitar a sua verificação;
- h) Esta responsabilidade dos proprietários de hotel estava inerente à obrigação que eles assumiam e era de interesse público<sup>695</sup>;
- i) No entanto, apenas incluía os atos dos domésticos praticados no próprio hotel, e não em qualquer outro lugar.

VII. A mesma responsabilidade existia noutros casos, nomeadamente no caso do transportador, que respondia pelos atos dos seus prepostos e restantes pessoas que utilizasse para o transporte<sup>696</sup>. Bem assim aqueles que exercessem qualquer tipo de comércio público, por terra ou por mar, pelo qual tivessem acesso a mercadorias de terceiros, como p.ex. estabelecimentos ou bancos<sup>697</sup>.

A responsabilidade do mestre mantinha-se mesmo que o preposto fosse menor, ainda que neste caso Domat afirmasse que seria assim porque aquele que o escolhera deveria responder por tal atuação, ou seja, pelas consequências da sua escolha<sup>698</sup>, o que aponta para uma responsabilidade já por fato próprio, e não por fato alheio.

---

<sup>695</sup> Expressamente, M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., afirma, na p. 159: "*Si quelqu'un des domestiques, ou de la famille de l'hôtelier, cause quelque perte à un voyageur, comme s'il lui dérobe de ce qui n'étoit pas même donné à garder dans l'hôtellerie, ou s'il endommage ses hardes, l'hôtelier sera tenu de la valeur de la chose perdue, ou du dommage qui sera arrivé.*".

<sup>696</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. 160.

<sup>697</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. 160.

<sup>698</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. 161.



VIII. Entre nós, destaca-se Coelho da Rocha<sup>699</sup>, que considerava que o Homem se poderia encontrar em três estados<sup>700</sup>:

- a) Em relação a Deus, estando aqui em estado de submissão e reconhecimento;
- b) Em relação a si mesmo, devendo fazer o possível para atingir a sua felicidade;
- c) Em relação aos outros homens, sendo o seu estado natural a vida em sociedade.

Para este Autor, sempre que uma pessoa causasse a outra um dano injusto, decorria do estado social em que vive que tivesse a obrigação de indemnizar<sup>701</sup>. Para que tal se verificasse, era necessário que o dano pudesse ser imputado ao agente, não resultando de caso fortuito nem de força maior<sup>702</sup>.

No entanto, a obrigação de indemnizar riapode surgir mesmo que o agente não tenha culpa, desde que este auferisse algum proveito com a ação da qual o dano resultou<sup>703</sup>, ou seja, assentando numa lógica de risco.

IX. Ao mesmo tempo que esta ideia se desenvolvia no Direito continental, começava também a surgir na *Common Law*, através dos casos *Boson v. Sandford* (1691) e *Turberville v. Stampe* (1698), entendendo-se que o mestre respondia pelos actos do proposto no curso das tarefas que lhe foram cometidas, ainda que sem uma particular direcção por parte daquele (*"A master is responsible for all acts done by his servant in the course of his employment though without particular direction"*)<sup>704</sup>.

Na Inglaterra desenvolvia-se a *common employment doctrine*, nos termos da qual a responsabilidade seria independente de culpa, em contraste com

---

<sup>699</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 221 e seguintes.

<sup>700</sup> M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, Setima edição aperfeiçoada, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1907, p. 5.

<sup>701</sup> M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, ob. cit., p. 9.

<sup>702</sup> M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, ob. cit., p. 9.

<sup>703</sup> M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, ob. cit., p. 10.

<sup>704</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, p. 125.

outros sistemas, como o germânico, em que a mesma se baseia numa presunção de culpa (§ 831 BGB)<sup>705</sup>.

---

<sup>705</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, p. 126.

## CODIFICAÇÃO

I. Na evolução posterior surge-nos Pothier, com um desenvolvimento marcante do tema da responsabilidade. No entanto, alguma doutrina parece, de certo modo, acusar este Autor de oscilar entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva<sup>706</sup>.

II. Neste período histórico, seguindo a perspectiva de Ferrara, podemos discernir três orientações<sup>707</sup>:

- a) Aqueles que se mantinham fiéis ao conceito exclusivo de culpa, referindo o exemplo do primeiro Código Civil austríaco, que apenas responsabilizava o devedor por *culpa própria*, quando o devedor utilizasse ajudantes em violação do contrato, ou quando escolhesse pessoas incapazes ou não procedesse à respetiva vigilância (§§ 1010, 1161, 1313 a 1315);
- b) Aqueles que modificaram parcialmente este princípio, introduzindo exceções adequadas aos tempos de então, de que constituía exemplo o Direito prussiano, baseado essencialmente na culpa, embora admitindo certos casos de responsabilidade por *receptum*;
- c) Aqueles que acolhiam a responsabilidade por fato de outrem, destacando-se os Direitos suíço e germânico e a jurisprudência inglesa e norte-americana.

III. Para Pothier, o contrato é uma convenção ou pacto, pressupondo o consentimento de duas ou mais pessoas, com vista a formar entre elas um compromisso, para o extinguir ou modificar<sup>708</sup>.

Na sua perspectiva, o devedor que não se encontrasse em mora não responderia pelo caso fortuito, a menos que tivesse assumido essa

---

<sup>706</sup> Neste sentido, ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>707</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 452 e 453.

<sup>708</sup> POTHIER, *Traité des Obligations*, Tome Premier, Bruxelas, Langlet et Cie., Librairies, 1835, p. 4; DUPIN AINÉ, *Oeuvres de R.-J. Pothier, contenant les Traités du Droit Français*, Tome Premier, Bruxelas, Chez H. Tarlier, Librairie-Editeur, 1831, pp. 2 e 3.

responsabilidade, nem responderia pelo caso fortuito quando este não resultasse de um comportamento seu culpável precedente<sup>709</sup>; ao invés, estando em mora, seria já responsável pelos juros e pelos demais danos daí resultantes.

IV. Pothier centrou a sua atenção na natureza da prestação devida, por forma a determinar o tipo de responsabilidade pelo não cumprimento que lhe está associado<sup>710 711</sup>. Assim, distinguiu os seguintes casos:

- a) Nas prestações *de dare*, o devedor estaria obrigado a entregar uma coisa certa, devendo igualmente conservá-la com diligência, pelo que responderia em caso de perecimento ou deterioração culposa da coisa. O grau de diligência exigível era variável, nos seguintes moldes:
  - a. Se a utilidade do contrato fosse exclusivamente do credor, exigia-se apenas ao devedor que atuasse de boa fé, tendo este responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave;
  - b. Sendo utilidade comum a ambas as partes, era-lhe exigida a diligência *normal* de uma pessoa prudente e a responsabilidade seria afirmada em caso de culpa leve;
  - c. Sendo a utilidade exclusiva do devedor, responderia este desde logo por culpa levíssima.

Saliente-se que o cumprimento de uma obrigação *de dare* não teria de provir, necessariamente, da pessoa do próprio devedor, podendo a prestação ser realizada por terceiro, encarregue pelo devedor<sup>712</sup>.

- b) Nas prestações *de facere*, a responsabilidade era afirmada em termos diversos, passando essencialmente pelo ressarcimento do dano (e não tanto pela possibilidade de execução forçada);

---

<sup>709</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>710</sup> POTHIER, *Traité des Obligations*, Tome Premier, ob. cit., pp. 92 e seguintes.

<sup>711</sup> DUPIN AINÉ, *Oeuvres de R.-J. Pothier, contenant les Traités du Droit Français*, Tome Premier, ob. cit., pp. 38 e seguintes.

<sup>712</sup> POTHIER, *Traité des Obligations*, Tome Second, Bruxelles, Langlet et Cie., Librairies, 1835, p. 6.

- c) Nas prestações *de non facere*, existia obrigação de ressarcimento em caso de incumprimento.

Nestes dois casos – *facere* e *non facere* – o dano resultante de caso fortuito ou de força maior não originava responsabilidade ao devedor<sup>713</sup>.

V. Alguma doutrina considera que o sistema de responsabilidade delineado por Pothier era essencial objetivo<sup>714</sup>, especialmente nas prestações *de facere* e *de non facere*, uma vez que aquele Autor parecia defender que estas prestações seriam sempre possíveis, salvo em caso de força maior. Diferentemente, nas prestações *de dare*, a responsabilidade era configurada de modo predominantemente subjetivo, conquanto o critério residiria na diligência devida na custódia da coisa<sup>715</sup>.

VI. Este pensamento influenciou deveras a primeira codificação, que teve lugar em França, através do Código de Napoleão de 1804<sup>716</sup>. Este Código é ainda hoje vigente, sendo fruto do movimento da segunda sistemática. As primeiras codificações<sup>717</sup> abandonaram o princípio tradicional da culpa e admitiram, de um modo geral, a responsabilidade objetiva do devedor pelas pessoas que utiliza no cumprimento da obrigação<sup>718</sup>.

VII. O *Code Civil*, de 1804, segue o esquema de Pothier<sup>719</sup>, diferenciando o regime consoante a natureza da prestação. Assim, em traços gerais, assinala-se que:

---

<sup>713</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>714</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>715</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>716</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, p. 98.

<sup>717</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Introdução*. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 132 e seguintes.

<sup>718</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 452.

<sup>719</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Introdução*. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 133, considera-o “A primeira codificação moderna”.

- a) O artigo 1136.º determina que *“L’obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu’à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier”*;
- b) O artigo 1137.º estabelece que *“L’obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n’ait pour objet que l’utilité de l’une des parties, soit qu’elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d’un bon père de famille”*;
- c) Em contrapartida, na prestação de *facere*, o artigo 1142.º dispõe que *“Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur”*, acrescentando o artigo 1145.º que, em caso de prestação de *non facere*, *“celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention”*.

Em termos obrigacionais, o CCF estabelece que o devedor responde pelo incumprimento, a menos que demonstre que o mesmo se deve a uma *“cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part”* (artigo 1147.º) ou a caso fortuito ou de força maior (artigo 1148.º).

VIII. Por sua vez, assente num sistema aparentemente subjetivo, o Código Civil Austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) parece conter uma configuração substancialmente objetiva de responsabilidade, atendendo à presunção de existência de responsabilidade por incumprimento presente no § 1297<sup>720</sup>.

IX. A nível da *Common Law*, o Direito anglo-saxónico partia já então do princípio *qui facit per alium, facit per se*, também conhecido por *respondeat superior*<sup>721</sup>. Esta regra aplicava-se tanto ao patrão, pelos atos dos seus empregados, como ao industrial ou comerciante, pelos atos dos respetivos auxiliares.

<sup>720</sup> ITALO BIROCCHI / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*.

<sup>721</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 454.

Neste âmbito, segundo Wharton, um dos autores que mais explora este princípio, procedendo à análise de inúmera jurisprudência, a ideia que dominava era a de que o fato do auxiliar *era como se fosse o fato do dominus*, com base numa ideia de equidade.

O documento pioneiro nesta sede foi o *Employer's Liability Act*, de 1880, nos termos do qual se passou a entender, em Inglaterra, que o pagamento, por parte do empregador, de uma compensação pelos acidentes de trabalho, era parte da atividade que aquele desenvolvia. Contudo, mesmo neste normativo, admitiam-se alguns meios de defesa por parte do empregador:

- a) Que o dano resultou de um perigo a que o trabalhador se expôs, com conhecimento desse fato e de livre vontade;
- b) Que se tratou de um acidente inevitável;
- c) Que houve negligência grave do trabalhador.





## A PANDECTÍSTICA E A SUA INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO DEVEDOR POR FATO DE OUTREM

I. No início do século XIX, o pandectismo<sup>722</sup> começou a despontar, muito pela influência de Savigny<sup>723</sup>, por meio do qual se concretizou a última receção e movimento de aperfeiçoamento do Direito romano<sup>724</sup>.

O positivismo científico defendia a dedução do Direito apenas a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios gerais, tendo como consequência que se trata de um sistema *fechado*<sup>725</sup>.

II. A segunda codificação teve lugar no final do século XIX, com o aparecimento do BGB, em resultado do movimento do pandectismo que dominou este período e, portanto, da terceira sistemática<sup>726</sup>. Assim, procedeu a uma análise do Direito romano, por forma à elaboração de regras unitárias e completas, com uma nota de perfeccionismo técnico muito acentuada.

III. A enorme influência do CCF foi obnubilada com o BGB alemão, que passou a seguir uma lógica substancialmente diversa, inspirada no estudo e desenvolvimento das soluções do Direito romano<sup>727</sup>.

Assim, como teremos oportunidade de verificar em pormenor no capítulo subsequente, o § 278 BGB consagra a responsabilidade do devedor por fato de outrem, constituindo o resultado de uma longa evolução

---

<sup>722</sup> FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ob. cit., pp. 491 e seguintes.

<sup>723</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 130 e 131.

<sup>724</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, pp. 84 e seguintes.

<sup>725</sup> Assim, FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ob. cit., p. 494.

<sup>726</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, pp. 108 e seguintes.

<sup>727</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 139.

jurisprudencial, assente na responsabilidade das empresas de caminhos-de-ferro e de outras empresas de transporte<sup>728</sup>.

IV. Neste âmbito, é de referir ainda um dos mais importantes casos foi decidido pelo Supremo Tribunal de Comércio Alemão, em 14 de Março de 1874, apoiando-se no fragmento romano do *Digesto* 19, 2, com vista a estabelecer o princípio de que o *conductor operis* era, sempre e incondicionalmente, responsável pelos funcionários e empregados de que se servisse na execução da obra<sup>729</sup>.

V. As codificações tardias, no século XX, são essencialmente os Códigos Civis suíço de 1907, grego de 1940, italiano de 1942 e o português, sendo também fruto da terceira sistemática<sup>730</sup>.

---

<sup>728</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 455.

<sup>729</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 455.

<sup>730</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, ob. cit., p. 117.

## EM ESPECIAL: A EVOLUÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

### PRÉ-CODIFICAÇÃO

I. A história do Direito português é, como afirma Melo Freire, a história do Direito usado pelos portugueses<sup>731 732 733 734</sup>. Se inicialmente esse era essencialmente um Direito de costumes bárbaros, o certo é que, a pouco e pouco, se foi verificando a formação das leis e a atenuação daqueles costumes<sup>735</sup>.

O domínio dos Romanos fez vigorar, também aqui, o Direito romano, ainda que em articulação com as leis pátrias<sup>736</sup>.

Após o declínio do Império Romano<sup>737</sup>, com os Bárbaros, houve mudanças no regime<sup>738 739</sup>. Os Godos tinham costumes primitivos, que foram perdendo com o passar do tempo, mas publicaram um código sistemático de leis, o *Código de Leis dos Visigodos*<sup>740</sup>. Iniciado por Eurico, terá sido publicado em 682<sup>741</sup>, e, embora haja disposições sobre contratos, não se encontra aí regime específico sobre o tema que nos ocupa.

---

<sup>731</sup> Sobre a importância do tema, cf. RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Ano XXVI, em especial as pp. 128 e seguintes.

<sup>732</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 61.

<sup>733</sup> Cf. também ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES, *Breve história das instituições e a formação do Direito português*, s.l., Abdul's Angels, 2011, pp. 38 e seguintes.

<sup>734</sup> Sobre este, cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Temas de História do Direito*, Coimbra, Separata do Vol. XLIV (1968) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1970, pp. 14 e seguintes.

<sup>735</sup> Assim, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 69.

<sup>736</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 79: “os Lusitanos viviam, nos seus municípios, com as leis pátrias, mas, nas colónias, usavam as leis romanas”.

<sup>737</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 79, assinala que os Romanos reduziram a Lusitânia a Província.

<sup>738</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 83, dá-nos conta de que os Vândalos, Suevos e Alanos ocuparam a Lusitânia. Porém, desconhecem-se, segundo este Autor, as leis dos Suevos (pp. 84 e 85).

<sup>739</sup> Cf. ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES, *Breve história das instituições e a formação do Direito português*, ob. cit., pp. 50 e seguintes.

<sup>740</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 85.

<sup>741</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 86.

II. Com o domínio do Reino de Leão, no século VIII<sup>742</sup> a situação manteve-se, continuando a ser observado o Código dos Godos, situação que se terá mantido até ao século XIII<sup>743</sup>.

Quanto às cidades que eram então dominadas pelos árabes, a situação também se mantinha, respeitando ainda o Código Visigótico<sup>744 745</sup>.

III. A formação do Condado Portucalense alterou a situação, tendo as primeiras cortes gerais, de Lamego, estabelecido regras sobre sucessão do reino, nobreza, juízos e delitos<sup>746 747</sup>.

Contudo, terá sido apenas com D. Afonso II que se publicaram as primeiras leis gerais, em 1211, sobre diversas matérias, entre as quais se contavam também os contratos<sup>748</sup>.

Também D. Afonso III<sup>749</sup>, em 1251, fez leis gerais, onde se encontram regras sobre delitos e consequente dever de restituição ou reparação do dano<sup>750</sup>. O mesmo fizeram D. Dinis e D. Afonso IV, dando origem a várias regras que depois terão sido adotadas nas Ordenações<sup>751 752 753</sup>.

---

<sup>742</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 95.

<sup>743</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 96.

<sup>744</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., p. 97.

<sup>745</sup> Cf. ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES, *Breve história das instituições e a formação do Direito português*, ob. cit., p. 111.

<sup>746</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 105 e 106, assinalando, todavia, que se mantinha a autoridade do Código Visigótico e das Leis de D. Afonso V. Rei de Leão.

<sup>747</sup> Cf. ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES, *Breve história das instituições e a formação do Direito português*, ob. cit., p. 79.

<sup>748</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, N.º 174, Março, 1968, p. 6.

<sup>749</sup> Sobre o tema, MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (Sécs. XII – XVI). Seguida de Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no Séc. XVI*, 4.ª edição, Lisboa, Verbo, 2000, pp. 273 e seguintes.

<sup>750</sup> Assim, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 13.

<sup>751</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., pp. 16 e 27.

<sup>752</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 122.

<sup>753</sup> f. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 216 e seguintes.

Em simultâneo, era ainda usado também o Direito justinianeu, situação que atingiu o seu auge com D. João I<sup>754</sup> <sup>755</sup>.

IV. Posteriormente, em traços gerais, destaca-se que:

- a) O Código Afonsino, emitido com D. Afonso V, continha inúmeras regras, de entre as quais se conta o Livro 4.<sup>o</sup>, sobre “contratos e últimas vontades” e o Livro 5.<sup>o</sup>, sobre “delitos e penas”<sup>756</sup>;
- b) No início do século XVI foi ainda publicado o Código de D. Manuel, que pretendia já conter as leis de todo o Reino<sup>757</sup>. Os contratos eram tratados no quarto livro, neles se incluindo a venda, locação, doação, sociedade e fiança<sup>758</sup>;
- c) A situação não foi substancialmente alterada com o Código Filipino<sup>759</sup>.

V. É importante assinalar que as Ordenações não eram Códigos<sup>760</sup>, mas meras compilações de regras, mostrando-se por isso algo incompletas<sup>761</sup> <sup>762</sup> <sup>763</sup>.

---

<sup>754</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 31.

<sup>755</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (Sécs. XII – XVI)...*, ob. cit., pp. 415 e seguintes.

<sup>756</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 43.

<sup>757</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 48. Sobre a importância do Direito consuetudinário, veja-se ainda LUIS MOUTÓN Y OCAMPO, *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, Imprensa «La Editora», 1911, que refere especificamente o caso português nas pp. 133 e seguintes.

<sup>758</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, ob. cit., p. 53.

<sup>759</sup> PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *História do Direito Civil Português (continuação)*, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 175, Abril, 1968, pp. 45 e seguintes.

<sup>760</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (Sécs. XII – XVI)...*, ob. cit., pp. 529 e seguintes.

<sup>761</sup> Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 52. Sobre estas, cf. ainda ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Direito romano e história do Direito português*, 2.<sup>a</sup> edição, com a colaboração de David Magalhães, Coimbra, Coimbra editora, 2013, pp. 269 e seguintes.

<sup>762</sup> Cf. ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO TORRES, *Breve história das instituições e a formação do Direito português*, ob. cit., pp. 173 e seguintes.

<sup>763</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 261 e seguintes.

A nível contratual, as Ordenações Afonsinas<sup>764 765</sup>, que foram a primeira compilação oficial de leis portuguesas<sup>766</sup>, admitiam a sublocação<sup>767</sup>. No que concerne, porém, à responsabilidade por fato de outrem, nelas não se encontram regras específicas<sup>768</sup>.

A mesma situação parece existir com as Ordenações Manuelinas<sup>769 770</sup>, que substituíram as Ordenações Afonsinas, publicadas entre 1512 e 1514, com nova redação em 1521<sup>771 772</sup>.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas<sup>773 774</sup>, publicadas em 1603, previam a subprocuração, bem como a subempreitada; diversamente, não se admitia o subdepósito, possivelmente em atenção à confiança na pessoa do depositário, que justificava a celebração deste contrato<sup>775</sup>. Ainda neste âmbito, parece que, na vigência das Ordenações, o subcontrato mais utilizado era a subenfiteuse<sup>776</sup>. Todavia, apesar da referência a estes subcontratos, não se encontravam regras semelhantes ao atual artigo 800.º do CC.

Menezes Cordeiro assinala que o *“ponto fraco das Ordenações era a responsabilidade civil”*, já que nelas não se encontrava uma previsão geral de

---

<sup>764</sup> Sobre o tema, cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 122.

<sup>765</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 288 e seguintes.

<sup>766</sup> Sobre o tema, LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, 5.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 52.

<sup>767</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 66.

<sup>768</sup> ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Direito romano e história do Direito português*, ob. cit., pp. 307 e seguintes, assinala que eram estabelecidas *“penas cruéis, infamantes, indeterminadas e desproporcionadas aos delitos”*.

<sup>769</sup> MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português (Sécs. XII – XVI)...*, ob. cit., p. 617.

<sup>770</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 313 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Temas de História do Direito*, ob. cit., pp. 61 e seguintes.

<sup>771</sup> Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 52.

<sup>772</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 274 e seguintes.

<sup>773</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 321 e seguintes. Por sua vez, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, ob. cit., p. 171, assinala que a matéria das obrigações era regulada no livro V com bastante detalhe, aí se regulando a compra e venda, locação, prestação de serviço, enfiteuse, parceria, mútuo, comodato, penhor, fiança e doação.

<sup>774</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de História do Direito*, ob. cit., pp. 284 e seguintes.

<sup>775</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, ob. cit., *O Subcontrato*, ob. cit., pp. 67 e 68.

<sup>776</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 68.

responsabilidade<sup>777</sup>. Não obstante, nelas se continham regras sobre a responsabilidade obrigacional em relação a alguns contratos<sup>778</sup>, ainda que o termo “responsabilidade” ainda não existisse como tal antes do século XIX<sup>779</sup>.

VI. Lançando mão à obra de Corrêa Telles<sup>780 781</sup>, este tratava, no Livro 1.º, dos direitos e obrigações em geral. No Título I do Livro I encontravam-se as disposições gerais sobre as obrigações, que eram definidas como “o dever de dar, fazer ou de consentir o que a outro é permittido em execução do seu direito”<sup>782</sup>. De seguida, na Secção II do Título IX, ponto 208, determinava-se que “Por via de regra qualquer pessoa constituida em obrigação, é responsável pela culpa leve”, sendo esta última entendida, no ponto 217 como “a falta de diligencia, que costuma fazer qualquer pae de familias bem governado”<sup>783</sup>.

No Título X, ponto 216, o contrato era definido como “Toda a convença que duas ou mais pessoas fazem de dar, faer ou não fazer alguma cousa”<sup>784</sup>.

VII. Em contrapartida, encontra-se no Tomo II da obra de Corrêa Teles algumas alusões à responsabilidade por fato de outrem. Assim, na Secção I do Título VIII do Appendix<sup>785</sup>:

---

<sup>777</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 217.

<sup>778</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 217.

<sup>779</sup> Como assinala ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, ob. cit., p. 174.

<sup>780</sup> J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado ás Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao «Novo Código Civil»*, Nova Edição Revista, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1909.

<sup>781</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 223 e seguintes.

<sup>782</sup> J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado ás Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao «Novo Código Civil»*, ob. cit., p. 7.

<sup>783</sup> J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado ás Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao «Novo Código Civil»*, ob. cit., p. 30.

<sup>784</sup> J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis accommodado ás Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao «Novo Código Civil»*, ob. cit., p. 31.

1236 *O criado não póde pôr supplente que faça as suas vezes, sem permissão do amo.*

1237 *Se pozer em seu lugar um incapaz ou infiel, conhecendo elle o achaque, é responsável pela perda que este causar.*

Sendo embora referência breves, parece resultar daqui, em primeiro lugar, a inadmissibilidade de substituição do devedor (criado), e, por outro lado, que a violação deste dever originaria a responsabilidade do devedor originário. Contudo, em bom rigor, esta não seria uma responsabilidade por fato de outrem, mas antes por fato próprio, correspondente à substituição por outrem, proibida por lei.

---

<sup>785</sup> J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Cíveis relativos ás pessoas de uma familia portugueza; para servir de subsidio ao «Novo Codigo Civil», Tomo II*, Nova Edição Revista, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1909, pp. 175 e 176.



## ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

I. Apesar de este ser um tema que não podemos abordar em pormenor, não deixaremos de referir algumas normas constitucionais relativas à responsabilidade civil, e, em especial, a admissibilidade da responsabilidade por fato de outrem<sup>786 787</sup>.

Assim, a Constituição de 1822<sup>788</sup> declarava, no seu artigo 14.<sup>o789</sup>:

*Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abusos do poder, na conformidade da Constituição e da lei.*

Adicionalmente, nos termos do artigo 196.<sup>o</sup>:

*Todos os Magistrados e oficiais de justiça serão responsáveis pelos abusos de poder, e pelos erros que cometerem no exercício dos seus empregos.*

Por conseguinte, a primeira Constituição não responsabilizava o Estado pelos danos causados pelos empregados públicos aos cidadãos. Antes pelo contrário, eram estes mesmos os responsáveis pelos danos decorrentes da sua atuação. O mesmo se aplicava ao exercício da função judicial, i.e., também os magistrados eram responsabilizados, caso praticassem algum abuso de poder ou cometessem um erro, no exercício da respetiva função.

II. A Carta Constitucional de 1826<sup>790</sup> regulava a matéria<sup>791</sup>, desde logo, no artigo 99.<sup>o</sup>, onde se determinava:

---

<sup>786</sup> Em termos gerais, sobre o tema, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional*, Lisboa, LEX, 1999, pp. 32 e seguintes.

<sup>787</sup> Cf. também MARCELO REBELO DE SOUSA / SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., pp. 295 e seguintes.

<sup>788</sup> Acerca da Constituição de 1822, cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> edição, Volume I, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 378 e seguintes, salientando que nesta foi consagrado em Portugal “o primeiro elenco de direitos fundamentais”.

<sup>789</sup> Texto disponível em JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, 6.<sup>a</sup> edição, Cascais, Principia Editora, 2013, pp. 21 e seguintes.

<sup>790</sup> Acerca da Carta Constitucional de 1826, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> edição, Volume I, ob. cit., pp. 394 e seguintes, considerando, a p. 398, que desta decorreu um acréscimo da proteção da pessoa.

<sup>791</sup> Texto disponível em JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, ob. cit., pp. 89 e seguintes.

*Nem a Regência, nem o Regente será responsável.*

Posteriormente, o artigo 103.º estabelecia o seguinte:

*Os Ministros de Estado serão responsáveis:*

§ 1.º - *Por traição.*

§ 2.º - *Por peita, suborno ou concussão.*

§ 3.º - *Por abuso do Poder.*

§ 4.º - *Pela falta de observância da Lei.*

§ 5.º - *Pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.*

§ 6.º - *Por qualquer dissipação dos bens públicos.*

Ainda nos termos do artigo 111.º:

*São responsáveis os Conselheiros de Estado pelos Conselhos, que derem opositos às Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.*

Finalmente, de acordo com o artigo 123.º:

*Todos os Juizes de Direito, e os Officiais de Justiça são responsáveis pelos abusos de Poder, e prevaricações, que cometam no exercício de seus Empregos; essa responsabilidade se fará efetiva por Lei regulamentar.*

Neste segundo texto constitucional mantém-se a tendência de apenas imputar ao próprio agente os danos resultantes da sua atuação, não havendo, por isso, referências à responsabilidade por fato de outrem.

III. A Constituição de 1838<sup>792</sup> <sup>793</sup> manteve inalterada esta solução, ao estabelecer, no seu artigo 26.º:

*Os Empregados Públicos são responsáveis por todo o abuso e omissão pessoal no exercício de suas funções, ou por não fazer efetiva a responsabilidade de seus subalternos. Haverá contra eles ação popular por suborno, peita, peculato ou concussão.*

---

<sup>792</sup> Texto disponível em JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, ob. cit., pp. 125 e seguintes.

<sup>793</sup> Acerca da Constituição de 1838, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 5.ª edição, Volume I, ob. cit., pp. 408 e seguintes.

IV. De seguida, a Constituição de 1911<sup>794</sup> <sup>795</sup> regulava este tema no seu artigo 55.º, nos termos do qual:

*São crimes de responsabilidade os atos do Poder Executivo e seus agentes que atentarem:*

- 1.º - Contra a existência política da Nação;*
- 2.º - Contra a Constituição e o regime republicano democrático;*
- 3.º - Contra o livre exercício dos Poderes do Estado;*
- 4.º - Contra o gozo e o exercício dos direitos políticos e individuais;*
- 5.º - Contra a segurança interna do país;*
- 6.º - Contra a proibidade da administração;*
- 7.º - Contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos;*
- 8.º - Contra as leis orçamentais votadas pelo Congresso.*

*§ 1.º - A condenação por qualquer destes crimes implica a perda do cargo e a incapacidade para exercer funções públicas.*

*§ 2.º - O Presidente da República não é responsável pelos atos de administração dos Ministros ou seus agentes, sendo-o apenas pelos crimes indicados nos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º deste artigo.*

Manteve-se, assim, a responsabilidade direta pelos atos dos agentes públicos.

No entanto, o artigo 60.º passou a determinar que “Os juízes serão irresponsáveis nos seus julgamentos, salvo as exceções consignadas na lei.”, o que ia contra o regime anteriormente estabelecido.

V. A Constituição de 1933<sup>796</sup> <sup>797</sup> manteve esta linha, ao afirmar, no seu artigo 103.<sup>798</sup>:

---

<sup>794</sup> Texto disponível em JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, ob. cit., pp. 161 e seguintes.

<sup>795</sup> Acerca da Constituição de 1911, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 5.ª edição, Volume I, ob. cit., pp. 416 e seguintes.

<sup>796</sup> Texto disponível em JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, ob. cit., pp. 187 e seguintes.

<sup>797</sup> Acerca da Constituição de 1933, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, 5.ª edição, Volume I, ob. cit., pp. 434 e seguintes.

<sup>798</sup> Corresponde ao art. 114.º, após a modificação pelas Leis n.ºs 1885, 1910, 1945, 1963, 1966, 2009, 2048 e 2100, de 23 de março e 23 de maio de 1935, 21 de dezembro de 1936, 18 de dezembro de 1937, 23 de abril de 1938, 17 de setembro de 1945, 11 de junho de 1951 e 29 de

*Cada Ministro é responsável política, civil e criminalmente pelos atos que ligalizar ou praticar.*

Por sua vez, o artigo 119.º estabelecia<sup>799</sup>:

*Os juízes são irresponsáveis nos seus julgamentos, ressalvadas as exceções que a lei consignar.*

VI. Por último, a Constituição de 1976, na sua redação originária<sup>800</sup>, tratava o tema no artigo 21º, nos termos do qual:

*1 – O Estado e demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.*

Assim, contrariamente aos textos anteriores, passou a ser consagrada a responsabilidade civil do Estado, de forma solidária, com os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, em caso de ato ou omissão ilícita por estes praticada, contanto que no exercício de funções e da qual resultasse violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Relevante mostra-se ainda o artigo 271.º, relativo à responsabilidade dos funcionários e agentes:

*1 – Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas suas ações e omissões de que resulte violação dos direitos ou dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.*

*2 – É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que atue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior*

---

agosto de 1959, respetivamente. Cf. também AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Constituição Política da República Portuguesa*, 6.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 1968, p. 75.

<sup>799</sup> Corresponde ao posterior art. 120.º. Cf. também AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Constituição Política da República Portuguesa*, ob. cit., 1968, p. 77.

<sup>800</sup> Texto disponível em JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas*, ob. cit., pp. 239 e seguintes.

*hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.*

*3 – Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.*

*4 – A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.*

Destarte, assinala-se no texto da CRP de 1976 uma significativa evolução, no sentido da admissibilidade da responsabilidade do Estado pela atuação ilícita dos titulares dos seus órgãos, agentes e funcionários, hoje em dia afirmada como um princípio geral. Este tema será, no entanto, abordado adiante, no enquadramento jurídico atual.



## CÓDIGO DE SEABRA DE 1867

I. O Código de Seabra foi influenciado pelos ideais neoliberais<sup>801 802 803 804</sup>, inerentes à época em que foi elaborado, especialmente pelo Código de Napoleão<sup>805 806 807</sup>. Inspirou-se igualmente no Livro IV das Ordenações Filipinas e nas leis extravagantes então vigentes<sup>808 809</sup>.

II. Neste período, os estudiosos de Direito discutiam a admissibilidade da responsabilidade objetiva. Os seus defensores procuravam, no entanto, alicerçar a imputação objetiva em diversos fundamentos<sup>810</sup>:

- a) Através da *teoria da mera responsabilidade objetiva ou do risco integral*, em que se negava basicamente a exigência da culpa, pelo que a simples prática do fato constituía o seu autor na obrigação de indemnizar;
- b) Através da substituição da culpa pela ideia de *exercício anormal*, considerando que haveria obrigação de indemnizar sempre que o fato

---

<sup>801</sup> Considerando que “O Código de Seabra é filho do seu tempo”, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 181.

<sup>802</sup> Como assinala ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, ob. cit., p. 174.

<sup>803</sup> Que entrou em vigor em 22 de março de 1868.

<sup>804</sup> Sobre o Visconde de Seabra, cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Temas de História do Direito*, ob. cit., pp. 20 e seguintes, e, em especial sobre o Código Civil de 1867, p. 31.

<sup>805</sup> Neste sentido, cf. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 53; ORLANDO DE CARVALHO, *A Teoria Geral da Relação Jurídica – Seu sentido e limites*, ob. cit., p. 35.

<sup>806</sup> Sobre a Reforma instituída através do Código de Seabra, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 31 e seguintes, assinalando que este “tem duas raízes claras: o substrato românico e a articulação sistemática jusracionalista”. Cf. ainda INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2001, pp. 205 e seguintes.

<sup>807</sup> O qual, por sua vez, é influenciado por Gaio e pelas *Institutiones*. Neste sentido, cf. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 127.

<sup>808</sup> A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, ob. cit., p. 279.

<sup>809</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 131 e seguintes.

<sup>810</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Edição do Autor, 1932, pp. 22 e seguintes.

que causa prejuízo a outrem tenha sido praticado fora das condições normais;

- c) Através do sistema alemão do *Haftpflicht* ou responsabilidade pelo fato da exploração ou pelo risco / lucro;

No entanto, estas ideias não logravam vingar, já que a maioria da doutrina considerava que “*A tese da responsabilidade objectiva encerra um princípio de justiça que contraria o sentimento de equidade e não tem suficiente determinação e adaptação*”<sup>811</sup>.

III. No âmbito da responsabilidade civil, destaca-se o artigo 2361.º CS<sup>812</sup>  
<sup>813</sup>, nos termos do qual<sup>814</sup>:

*Todo aquele que viola ou ofende os direitos de outrem constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuízos que lhe causa*

Do ponto de vista sistemático, este preceito insere-se no Livro I – Da Responsabilidade Civil, correspondendo à sua disposição preliminar, a que se seguem os artigos 2367.º a 2381.º (responsabilidade civil conexas com a penal) e os artigos 2393.º a 2398.º (responsabilidade meramente civil).

O aspeto essencial a destacar reside na consagração do *princípio da responsabilidade civil*, resultante deste artigo 2361.º. Porém, tal como salienta Cunha Gonçalves, a lei não fazia diretamente referência à culpa ou à negligência no artigo 2361.º CS<sup>815</sup>, podendo discutir-se qual a natureza desta responsabilidade.

Neste sentido, José Tavares sustentava que se poderia retirar da fórmula constante deste artigo a *teoria do risco*<sup>816</sup>.

---

<sup>811</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 28.

<sup>812</sup> Sobre o assunto, cf. ABÍLIO NETO/ MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Obrigações. Aditamentos à Teoria geral das obrigações de Manuel de Andrade*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 1964, p. 388 e seguintes.

<sup>813</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo I – Introdução. Cap. I: Os Sujeitos, ob. cit., pp. 232 e seguintes.

<sup>814</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, Segunda edição, Volume IV, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1905, pp. 283 e seguintes.

<sup>815</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, p. 384.

<sup>816</sup> JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, Volume I – Primeira Parte. Teoria geral do Direito civil, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 1929, pp. 532 e seguintes. O Autor



IV. O artigo 2393.<sup>o</sup> CS diferenciava a responsabilidade obrigacional e extraobrigacional<sup>817</sup>, embora sujeitando ambas ao princípio da culpa (segundo a orientação que parece preferível), como se podia concluir da remissão para os artigos 702.<sup>o</sup> e seguintes, correspondentes ao regime da inexecução dos contratos, atendendo a que a responsabilidade contratual era, então, apenas subjetiva<sup>818</sup>.

V. De acordo com o artigo 2377.<sup>o</sup> CS<sup>819 820</sup>:

*Se aquêle, que causar os prejuízos, fôr relevado da responsabilidade criminal, por seu estado de completa embriaguez ou demência, não ficará por isso desobrigado da reparação civil, excepto estando debaixo da tutela e vigilância legal de outrem. Neste caso, a dita obrigação recairá sobre o tutor ou curador, salvo se se provar que não houve da sua parte culpa ou negligência.*  
*§ único. Se a responsabilidade do tutor ou curador se provar, subsistirá a obrigação do agressor.*

Por seu turno, nos termos do artigo 2379.<sup>o</sup> CS<sup>821</sup>:

*A menoridade não releva da responsabilidade civil; mas, se aquêle que praticar o dano não estiver, por sua idade, sujeito a responsabilidade*

---

enuncia que aceita, como “excepção notável”, “quando se trata de dano que foi causado, não por uma falta pessoal do indivíduo, mas sim pelo fato de pessoas que estão sob a sua guarda ou que êle tem como criados, operários, empregados, propostos ou mandatários, ou ainda pelo fato de animais ou outras cousas suas”. E conclui, a p. 534, o seguinte: “Tendo em vista os princípios expostos e a forma como está redigido o art. 2361.<sup>o</sup>, não podemos deixar de concluir, contra a doutrina geralmente estabelecida e ensinada, que o nosso Código civil consagrou como princípio geral e fundamental o sistema da responsabilidade objectiva fundada no conceito da causalidade”. Acrescentando que, fora dos casos em que a lei exige expressamente a culpa, subsiste o princípio fundamental que estabelece a obrigação de indemnizar.

<sup>817</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 302.

<sup>818</sup> Sobre este tema, cf. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Direito Civil (Obrigações)*, Prelecções dirigidas ao Curso de 1939-1940 pelo Exmo. Prof. Senhor Doutor JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO e coligadas pelo aluno da Faculdade de Direito Augusto de Sá Vianna Rebello, Lisboa, 1939, pp. 146 e seguintes.

<sup>819</sup> De acordo com JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 37, “Costumam indicar-se como estabelecendo normas de responsabilidade objectiva as disposições dos artigos 2377.<sup>o</sup>, 2378.<sup>o</sup> e 2379.<sup>o</sup>. Afigura-se-nos puro fenómeno de miragem.”. Com efeito, de acordo com estas previsões, o agente pode liberar-se da imputação se demonstrar que não houve da sua parte culpa.

<sup>820</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume IV, ob. cit., p. 294.

<sup>821</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume IV, ob. cit., pp. 294 e 295.

*criminal, responderão civilmente por êle seus pais, ou responderá aquêle a cuja guarda e direcção estiver entregue o culpado, excepto se provarem que não houve da parte dêles culpa ou negligência.*

*§ único. É aplicável aos menores o que fica disposto no art. 2377.º e seu §.*

Resulta da articulação entre estes preceitos uma presunção de culpa, elidível, em relação aos pais e aos tutores<sup>822</sup>. Assim, para que houvesse culpa *in vigilando* destes, era necessário que<sup>823</sup>:

- a) O autor do dano fosse um incapaz;
- b) O incapaz se encontrasse na companhia de seus pais, tutor ou vigilante, ou em local onde possa ser vigiado;
- c) O ato do incapaz fosse objetivamente ilícito;
- d) Deveria ainda existir um nexo de causalidade entre o ato do incapaz e a falta de vigilância<sup>824</sup>.

Segundo Cunha Gonçalves, esta era uma “responsabilidade por fato de outrem”, que assentava numa *suposta culpa in vigilando*<sup>825</sup>. Deste modo, os pais respondiam, “*não pela culpa dos filhos, mas pela sua própria culpa*”<sup>826</sup>.

Esta explicação, a nosso ver, demonstra a incoerência dos seus termos: com efeito, se de responsabilidade por fato de outrem se tratava, não poderia a mesma basear-se na própria culpa do agente... Já que seria, então, responsabilidade por fato próprio, neste caso, a omissão da vigilância devida, que era presumida na lei.

Porém, é interessante notar que efetivamente a responsabilidade dos pais e dos tutores pelos fatos dos filhos menores e dos ditos *alienados* não podia ser

---

<sup>822</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, ob. cit., p. 607.

<sup>823</sup> Seguimos LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., pp. 660 e seguintes.

<sup>824</sup> O qual, segundo, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 661, se presume.

<sup>825</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 656.

<sup>826</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 657.

objetiva, devendo, ao invés, basear-se no conceito de culpa<sup>827</sup>. Isto era assim por não se poder, em bom rigor, considerar que havia um proveito resultante da prática do fato pelo menor ou pelo incapaz, não se podendo por isso recorrer a uma lógica de risco.

Importa ainda referir que a presunção de culpa era elidível, podendo ser afastada caso o obrigado à vigilância demonstrasse que lhe era impossível vigiar o incapaz ou que a vigilância estava delegada em pessoa de confiança<sup>828</sup>.

VI. No Código de Seabra nota-se a ausência da consagração da responsabilidade obrigacional por fato de outrem como princípio geral, ainda que a mesma pudesse já resultar de uma leitura conjugada de vários preceitos, entre os quais os artigos 2380.º, 2398.º e 2399.º, e, no âmbito obrigacional, os artigos 1342.º, 1421.º, 1608.º, n.º 2 do CS, bem como os artigos 377.º e 492.º do CCom, disposições estas que não assumiam carácter excecional<sup>829</sup>. Apesar disso, a doutrina admitia a sua existência, sem controvérsia<sup>830</sup>.

VII. De importância essencial no tema da responsabilidade por fato de outrem era o disposto no artigo 2380.º CS, ainda que no domínio delitual, nos termos do qual<sup>831</sup>:

*Pelos prejuízos causados por criados de servir, ou por quaisquer pessoas encarregadas de certos serviços ou comissões, no desempenho dos ditos serviços ou comissões, responderão os ditos criados ou pessoas solidariamente com seus amos ou comitentes, salvo o regresso destes contra aquêles, quando houverem excedido as ordens e instruções recebidas.*

---

<sup>827</sup> Neste sentido, cf. GUILHERME MOREIRA, *Estudo sobre a responsabilidade civil*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 39.º Ano, N.º 1669, p. 2.

<sup>828</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 663.

<sup>829</sup> Neste sentido, cf. JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., pp. 420 e 421, onde afirma que “São aplicações particulares dum princípio geral, que a lei não formulou expressamente, mas que aquelas referidas disposições subentendem.”

<sup>830</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 264.

<sup>831</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Volume IV, ob. cit., p. 295 e Volume III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1902, pp. 63 e seguintes.

Este artigo tratava da responsabilidade dos “*amos, patrões ou comitentes e dos criados, empregados, operários, prepostos ou comissionados*”<sup>832</sup>, estabelecendo a responsabilidade solidária de uns e outros.

Na perspectiva de Cunha Gonçalves, o art. 2380.º CS tinha como fundamento as “*relações de autoridade e subordinação*” existentes entre o comitente e o comissário, donde decorria que este última era como *um instrumento daquele*<sup>833</sup> <sup>834</sup>. Contudo, para aplicar este preceito não era necessário que houvesse um contrato de prestação de serviços, bastando “*que o preposto desempenhe determinada função ou emprêgo*”<sup>835</sup>. Não se exigia, ainda, que o comissário recebesse uma remuneração certa<sup>836</sup>.

VIII. Cunha Gonçalves enuncia alguns casos de aplicação do artigo 2380.º CS<sup>837</sup>:

- a) O segurador que tenha uma enfermaria para tratamento de operários feridos responde pelo erro de diagnóstico de um médico incompetente ao seu serviço;
- b) A empresa ferroviária responde pela culpa do médico contratado para o seu pessoal, por ele não querer acudir um doente;
- c) A empresa de um sanatório responde pela imprudência de um médico que, indevidamente, aplicou um raios X a um doente.

Outros casos seriam os seguintes<sup>838</sup>:

---

<sup>832</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 669.

<sup>833</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, p. 674, completando a sua tese com a seguinte afirmação: “*Os terceiros teem tôda a razão em supôr que êstes danos foram, se não ordenados, ao menos consentidos e aproveitados pelo comitente.*”. Ainda na p. 677: “*para ser comitente, é preciso ter o direito indiscutível de dar ordens ao indivíduo visado como preposto e que êste não tenha independência económica, social e jurídica, ainda que relativa, na função que exerce.*”.

<sup>834</sup> No mesmo sentido, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 244, explica a norma com base no conceito de *proposição*, em que o proponente tem o poder de fiscalização e direção sobre o proposto.

<sup>835</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, p. 676.

<sup>836</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, p. 676.

<sup>837</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, p. 678.

- a) Um empregado ferroviário subtrai um dos volumes entregues para a expedição;
- b) O guarda de um estabelecimento mata um transeunte, por equívoco ou excesso de vigilância e zelo.

Porém, a nosso ver, o primeiro caso referido parece situar-se no tema da responsabilidade obrigacional, e não delitual. Com efeito, o contrato de transporte inclui, como se verá, a custódia da coisa transportada, pelo que a sua dissipação corresponde, precisamente, à não obtenção do fim contratado, que neste caso seria a consequência de uma atuação ilícita de um auxiliar do devedor.

IX. Uma questão que se colocava era a de saber o que acontecia se o comitente cedesse, temporariamente, a um terceiro, o seu comissário e durante este período algum dano ocorresse, devendo então ser decidido quem teria de responder por esse mesmo dano. Cunha Gonçalves considerava que deveria responder o *patrão transitório*, porquanto era a este que competia dar ordens durante esse período<sup>839</sup>.

X. A aplicação do artigo 2380.º CS pressupunha que o dano tivesse sido causado pelo comissário no exercício da função, independentemente de esse exercício ter sido “*normal e regular, quer mau ou abusivo*”<sup>840</sup>.

Na perspetiva de Cunha Gonçalves, atuava *fora do exercício da função*<sup>841</sup>:

- a) Um motorista que cometeu o dano quando usava o carro do patrão, sem este o saber;

---

<sup>838</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., pp. 684 e 685.

<sup>839</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 681.

<sup>840</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 684. Na p. 685, o Autor explica que “*Abusa da função o empregado ou criado que a exerce com excesso de zelo, ou escusadas violências, ou de modo contrário ao fim para que ela lhe fôra conferida.*”.

<sup>841</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 686.

- b) Os empregados de uma obra que, durante a noite, furtam chapas de zinco do telhado vizinho.

Cunha Gonçalves sublinha que o comitente responde mesmo que o comissário se tenha feito substituir por outrem, desde que a substituição haja sido autorizada<sup>842</sup>.

XI. Colocavam-se dúvidas a respeito do seguinte caso: o comitente, proprietário de uma loja, avisa os clientes para não efetuarem pagamentos em dinheiro aos seus empregados, mas, mesmo assim, um cliente efetua um pagamento em dinheiro, o qual acaba por ser subtraído pelo funcionário. Segundo Cunha Gonçalves, o comitente não responde por este abuso de funções, pelo que *“o freguês terá de pagar novamente, e só contra o autor da lesão poderá exercer acção”*<sup>843</sup>. Por conseguinte, para este Autor, o artigo 2380.º CS não seria aqui aplicável.

XII. Tratando-se de comissário independente – p.ex., um mandatário – não se considerava aplicável o artigo 2380.º CS. A doutrina sugeria então aplicar a segunda parte do art. 2393.º CS<sup>844</sup>:

*A responsabilidade proveniente da não-execução dos contratos, regular-se-á pelas disposições dos artigos 702.º e seguintes; a responsabilidade, que derivar de quaisquer outras obrigações, rege-se-á pelos mesmos princípios, em tudo aquilo a que êstes forem aplicáveis.*

Em contrapartida, em caso de gestão de negócios, o *dominus* respondia pelos atos do gestor, apesar de não ter sido por ele escolhido, nem ser seu subordinado, contanto que viesse a ratificar o ato ou tivesse proveito manifesto com o mesmo<sup>845</sup>.

---

<sup>842</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 689.

<sup>843</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 691.

<sup>844</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 693.

<sup>845</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 695.

XIII. Segundo Cunha Gonçalves, a *ratio* da imputação contida no artigo 2380.º CS era normalmente atribuída à culpa *in eligendo*, ainda que contra esta tese houvesse fortes razões<sup>846</sup>. No mesmo sentido se pronunciavam Abílio Neto e Pupo Correia, para os quais “A lei é agora sensível à ideia de que o criado ao executar os serviços de que tenha sido incumbido segue as directrizes traçadas pelo patrão. Liga-os numa relação de autoridade e subordinação”, pelo que tal responsabilidade se funda ou na culpa *in vigilando* ou na culpa *in eligendo*<sup>847</sup>.

Em contrapartida, em crítica ao regime estabelecido no artigo 2380.º CS, afirmava, por seu turno, Guilherme Moreira: “Esta disposição não se harmoniza com o fundamento da responsabilidade civil. Tendo esta a sua causa na culpa, e sendo esta sempre um fato próprio, na responsabilidade civil por fato doutrem a culpa do auctor material do fato ilícito devia ser apreciada independentemente da da pessoa a quem essa responsabilidade pode ser imputada, em virtude de não haver cumprido a obrigação legal de vigilância ou de uma escolha cuidadosa em relação ao auctor desse fato”<sup>848</sup>.

Não obstante, já nesta época alguns autores defendiam a tese da compensação equitativa, baseada na ideia de que quem tem o proveito do trabalho dum auxiliar, deve suportar o desproveito que êste lhe traga<sup>849</sup>, na linha do brocardo romano: *secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*.

Parece, efetivamente, que o artigo 2380.º CS continha um regime de responsabilidade objetiva, porquanto:

- a) Não se admite o afastamento da imputação pelo comitente, através da demonstração de ausência de culpa;

---

<sup>846</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 670, referindo, por exemplo, a dificuldade de escolha de “bons servos, pois sòmente pela experiência se pode saber se êles são bons, cuidadosos e zelosos, ou desastrados e imprudentes”.

<sup>847</sup> ABÍLIO NETO/ MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Obrigações. Aditamentos à Teoria geral das obrigações de Manuel de Andrade*, ob. cit., p. 398.

<sup>848</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, ob. cit., pp. 605 e 606.

<sup>849</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 671.

- b) É estabelecida, em termos expressos, a responsabilidade em termos solidários;
- c) A lei confere ao comitente o direito de regresso, em caso de inobservância das ordens ou instruções recebidas.

XIV. Além disso, o Código de Seabra contemplava consagrações específicas de responsabilidade objetiva e de *responsabilidade subjetiva com presunção de culpa*. Uma importante disposição era o artigo 2394.º CS, relativo aos danos causados por animais:

*Aquêle cujos animais, ou outras cousas suas, prejudicarem a outrem, será responsável pela satisfação do prejuízo, excepto provando-se que não houve da sua parte culpa ou negligência.*

Segundo Cunha Gonçalves, esta responsabilidade poderia emanar de *atos pessoais ou de atos de outra pessoa, sujeita à vigilância do responsável*, para além de poder decorrer de danos causados por animais ou coisas inanimadas sob a sua guarda<sup>850</sup>.

Tratava-se aqui de uma responsabilidade que era, claramente, subjetiva, ainda que assente numa presunção de culpa<sup>851 852</sup>. Todavia, segundo Cunha Gonçalves, a presunção de culpa não era restrita à guarda: *“A simples posse dum animal perigoso ou nocivo constitue culpa, a qual se aparenta com temeridade ou risco”*<sup>853</sup>.

XV. Por sua vez, o artigo 2395.º CS continha um princípio de carácter genérico, no domínio delitual, acerca da reparação por fato das coisas<sup>854</sup>.

O artigo 2395.º respeitava à ruína de edifício, estabelecendo a responsabilidade do seu dono, com presunção de culpa:

---

<sup>850</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, Coimbra, Coimbra editora, 1939, p. 6.

<sup>851</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 7.

<sup>852</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, ob. cit., p. 608.

<sup>853</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 8.

<sup>854</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 428.



*Se algum edifício, que ameace ruína, cair e prejudicar alguém, responderá pelo dano o dono do dito edifício, provando-se que houve negligência da sua parte em repará-lo ou em tomar as precauções necessárias contra o desabamento dêle.*

Segundo Cunha Gonçalves, esta imputação justificava-se “com a lesão de terceiro devida à omissão ou negligência daquele [o proprietário] em efectuar as obras de reparação do edifício”<sup>855</sup>. Esta era, porém, uma responsabilidade subjetiva, assente na culpa do proprietário, ou melhor, do dono do edifício<sup>856</sup>, resultando daqui uma presunção de culpa<sup>857</sup>.

Por outro lado, de acordo com o artigo 2396.º CS:

*Se, para evitar algum prejuízo iminente, que por outro modo se não possa impedir, se fizer algum dano em propriedade alheia, será êsse dano indemnizado por aquele a favor de quem fôr feito.*

*§ único. Se o dano fôr feito em proveito de mais de um indivíduo, a indemnização será paga por todos êles, na proporção do benefício que cada um tiver recebido.*

Este regime equivale ao atual instituto do estado de necessidade, dando origem a uma situação de responsabilidade por fato lícito.

XVI. De acordo com o artigo 2398.º CS:

*Os empreendedores ou executores de edificações, quer proprietários, quer empreiteiros da obra, os donos de estabelecimentos industriais, comerciais ou agrícolas e as companhias ou indivíduos construtores de estradas e de caminhos de ferro, ou de outras obras públicas, bem como os empresários de viação por vapor ou por qualquer outro sistema de transporte, serão responsáveis, não só pelos danos ou prejuízos causados à propriedade alheia, mas também pelos acidentes que, por culpa sua, ou de agentes seus,*

---

<sup>855</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 208.

<sup>856</sup> Analisando várias hipóteses de responsabilização, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., pp. 209 e seguintes.

<sup>857</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, ob. cit., p. 608.

*ocorrerem à pessoa de alguém, quer êsses danos procedam de fatos, quer de omissão de fatos, se os primeiros forem contrários aos regulamentos gerais ou aos particulares de semelhantes obras, indústrias, trabalhos ou emprêsas, e os segundos exigidos pelos ditos regulamentos.*

(...)

Tal como salientava Cunha Gonçalves, “A responsabilidade civil é exigível, segundo as regras gerais, quer as referidas entidades tenham nela incorrido por culpa sua, quer pela de agentes seus, que são os instrumentos activos das actividades industriais: operários, capatazes, contra-mestres, engenheiros, etc.”<sup>858</sup>. Porém, esta norma restringe-se à responsabilidade extracontratual<sup>859</sup>.

XVII. A nível da responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos no exercício das suas funções, estabelecia o artigo 2399.º CS o seguinte:

*Os empregados públicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsáveis pelas perdas e danos que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei, sendo neste caso solidariamente com êles responsáveis as entidades de que forem servoentúrios.*

Por sua vez, de acordo com o artigo 2400.º CS:

*Se os ditos empregados, excedendo as suas atribuições legais, praticarem actos, de que resultem para outrem perdas e danos, serão responsáveis do mesmo modo que os simples cidadãos.*

Por conseguinte, o CS estabelecia a responsabilidade solidária das entidades públicas e dos seus empregados, pelos danos por estes causados no desempenho das respectivas funções<sup>860</sup>.

---

<sup>858</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 241.

<sup>859</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume IV, ob. cit., p. 305.

<sup>860</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume IV, ob. cit., pp. 305 e 306.

Concretamente em relação aos atos praticados pelos juízes, que causassem dano a terceiro, constava dos artigos 2401.º a 2403.º CS a seguinte solução<sup>861</sup>:

*Artigo 2401.º*

*Os juízes serão irresponsáveis nos seus julgamentos, excepto nos casos, em que, por via de recursos competentes, as suas sentenças forem anuladas ou reformadas por sua ilegalidade, e se deixar expressamente aos lesados direito salvo para haverem perdas e danos, ou se os mesmos juízes forem multados ou condenados nas custas, em conformidade do código de processo.*

*Artigo 2402.º*

*O que fica disposto no artigo precedente não obsta às acções, que podem ser intentadas contra os juízes, pelos crimes, abusos e erros de ofício, que cometam no exercício das suas funções.*

*Artigo 2403.º*

*Mas, se alguma sentença criminal fôr executada, e vier a provar-se depois, pelos meios legais competentes, que fôra injusta a condenação, terá o condenado, ou os seus herdeiros, o direito de haver reparação de perdas e danos, que será feita pela fazenda nacional, precedendo sentença controvertida com o ministério público em processo ordinário.*

É de assinalar que o artigo 2399.º CS não se aplicava aos atos particulares, mas antes aos atos de serviço público praticados pelo funcionário<sup>862</sup>.

O princípio geral era o de que os funcionários públicos “*não são responsáveis pelas perdas e danos causados no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei*”, sendo-o apenas em caso de *abuso ou desvio de poder, excesso de atribuições ou incumprimento da lei*<sup>863</sup>. De acordo com o artigo 2399.º, a responsabilidade da entidade administrativa é solidária, sem prejuízo do direito

---

<sup>861</sup> Sobre estes, cf. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Volume IV, ob. cit., pp. 307 e seguintes.

<sup>862</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 487.

<sup>863</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 488.

de regresso contra o autor do ato<sup>864</sup>. Contudo, note-se que a responsabilidade solidária apenas foi introduzida pelo Decreto n.º 19.126, de 16 de dezembro de 1930.

Do mesmo modo, a regra geral em relação aos juízes consistia na irresponsabilidade, sem prejuízo das exceções consignadas na lei, que para além do CS era também os artigos 1089.º e seguintes do CPC de 1939.

XVIII. A nível obrigacional, o artigo 747.º CS determinava quem podia realizar a prestação, nos seguintes termos:

*A prestação pode ser feita pelo próprio devedor, e pelos seus representantes, ou por qualquer outra pessoa interessada ou não interessada nela. Mas, neste último caso, sendo feita sem o consentimento do devedor, não fica êste obrigado a cousa alguma para com a pessoa, que por êle tivér feito a prestação, excepto achando-se ausente, e se receber com isso manifesto proveito, salvo o preceituado no título I do livro III.*

*§ único. O crêdor não pode, contudo, ser constrangido a receber de terceiro a prestação, havendo no contrato declaração expressa em contrário, ou se com isso fôr prejudicado.*

Portanto, a prestação poderia ser efetuada tanto pelo devedor como por terceiro, contanto que se tratasse de obrigação fungível<sup>865</sup>.

A responsabilidade obrigacional era regulada no artigo 2393.º CS, aqui se fazendo uma remissão para os artigos 702.º e seguintes CS:

*A responsabilidade proveniente da não-execução dos contratos, regular-se-á pelas disposições dos artigos 702.º e seguintes; a responsabilidade, que derivar de quaisquer outras obrigações, rege-se-á pelos mesmos princípios, em tudo aquilo a que êstes forem aplicáveis.*

E, de acordo com o artigo 705.º CS<sup>866 867</sup>:

---

<sup>864</sup> Neste sentido, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, ob. cit., p. 491, considerando aplicável, analogicamente, o artigo 2380.º CS.

<sup>865</sup> Cf. também JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Segunda edição, Volume II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895, pp. 75 e seguintes; MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volume I, Lisboa, s.n., 1944, pp. 95 e seguintes.

*O contraente, que falta ao cumprimento do contrato, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por fato do mesmo contraente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído.*

XIX. Quem respondia perante o credor era, naturalmente, o devedor. No que concerne à responsabilidade de terceiros na inexecução do contrato, à partida, não poderia o terceiro responder perante o credor. Como afirma Cunha Gonçalves, “Cada contrato é independente de outro. Um contrato só pode ser violado por quem nêle se obrigou (V. art. 705.º) e não por um terceiro”<sup>868</sup>.

Segundo o regime estatuído<sup>869</sup>, uma vez provada a inexecução, presumia-se a culpa do devedor, podendo este elidir tal presunção caso demonstrasse a verificação de caso fortuito ou de caso de força maior<sup>870</sup>. Assim, “provada esta [a inexecução] pelo crêdor, presume-se a culpa do devedor, até prova em contrário, quer a inexecução seja um fato pessoal, quer de pessoas que estão sob a sua dependência e vigilância”<sup>871</sup>. O não cumprimento consubstancia um fato ilícito<sup>872</sup>, tratando-se aqui de uma responsabilidade de natureza subjetiva, sem que tal suscitasse dúvida de maior na doutrina.

Neste sentido se pronunciava Jaime Gouveia: “nas obrigações contratuais não há responsabilidade sem culpa, qualquer que seja a natureza das prestações”<sup>873</sup>. Na

---

<sup>866</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo I – Introdução. Cap. I: Os Sujeitos, ob. cit., pp. 233 e seguintes e também *Direito das Obrigações*, Tomo II, Cap. II: O Objecto, pelos Alunos Margarida Pimentel Saraiva e Orlando Garcia-Blanco Courrège, Lisboa, Imprensa Baroeth, 1938-1939, pp. 245 e seguintes.

<sup>867</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Segunda edição, Volume II, ob. cit., p. 44.

<sup>868</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 743.

<sup>869</sup> Sobre este tema, cf. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Direito Civil (Obrigações)*, ob. cit., pp. 227 e seguintes.

<sup>870</sup> Cf. também JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 32, onde afirma que “o caso fortuito começa onde termina a culpa”, pelo que no artigo 705.º estaria implícito o elemento da culpa.

<sup>871</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 530.

<sup>872</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Segundo – Das Obrigações, Coimbra, Edição do Autor, 1911, p. 117.

<sup>873</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 33.

mesma linha, também Paulo Cunha referia que o critério da imputabilidade é a culpa do devedor<sup>874</sup>.

Também Paulo Cunha afirmava que, embora o art. 705.º CS não exigisse expressamente a culpa do devedor, isso significava que o credor não tinha de provar a culpa do devedor, bastando-lhe demonstrar que a obrigação não fora cumprida<sup>875</sup>.

Com efeito, o princípio da responsabilidade subjetiva parecia estar claramente consagrado em várias disposições do CS, com destaque para os artigos 705.º, 717.º, 719.º, 734.º, 735.º, 861.º/1, 1258.º/1<sup>876</sup>, 1306.º, 1336.º, 1383.º/2 e 4, 1384.º/2, 1408.º, 1415.º/1, 1418.º, 1420.º, 1422.º, 1435.º/1, 1515.º, 1516.º, 1521.º/2, 1532.º, 1606.º/5 e 1608.º/2<sup>877</sup>.

XX. Como a culpa era presumida, competia ao devedor demonstrar que a inexecução resultava de uma causa que lhe era estranha, embora o artigo 705.º CS<sup>878</sup>, contrariamente ao artigo 1147.º CCF, não referisse expressamente a *causa estranha*<sup>879</sup>. Assim, o que era relevante era que se tratasse de situação que fosse estranha ao devedor, no sentido de não lhe poder ser imputada<sup>880</sup>. No mesmo sentido, Pinto Coelho considerava que resultava da articulação de vários preceitos do Código de Seabra que, em princípio, só haveria responsabilidade contratual quando houvesse culpa do devedor no não cumprimento<sup>881</sup>.

---

<sup>874</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações, O Objecto da Relação Obrigacional*, ob. cit., p. 238.

<sup>875</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações, O Objecto da Relação Obrigacional*, ob. cit., p. 239.

<sup>876</sup> Nos termos do qual o sócio é responsável para com a sociedade pelos prejuízos que lhe causar, por culpa ou negligência. Sobre este, cf. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Segunda edição, Volume II, ob. cit., p. 488.

<sup>877</sup> A indicação é feita por MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, ob. cit., pp. 339 e 340.

<sup>878</sup> Sobre o tema, cf. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, ob. cit., p. 338 e seguintes.

<sup>879</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 485.

<sup>880</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 486.

<sup>881</sup> JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Direito Civil (Obrigações)*, ob. cit., p. 233, referindo os artigos 705.º a 707.º, 717.º, 719.º e 2360.º e seguintes.

Assim, para se liberar da responsabilidade, o devedor poderia demonstrar que alguma coisa o impedira de cumprir, a qual teria de ser uma *causa estranha* e para a qual o próprio devedor não houvesse contribuído<sup>882</sup>.

XXI. Duas das situações que permitiam ao devedor exonerar-se eram o caso fortuito e o caso de força maior. Segundo Cunha Gonçalves, por caso fortuito deveria entender-se “*o fato imprevisto e irresistível*” e por força maior “*o acontecimento que podia ser previsto, mas não dominado, pelo menos dentro das forças do devedor*”<sup>883</sup>. Deste modo, “*haverá caso fortuito ou força maior sempre que a inexecução não é imputável à culpa, negligência, imprudência ou imprevidência do devedor*”, o que significa que responde:

- a) Quando podia ter previsto e prevenido o obstáculo;
- b) Quando, embora imprevisível, o devedor não fez tudo quanto estava ao seu alcance para afastar o obstáculo<sup>884</sup>.

No caso fortuito, trata-se sempre de qualquer fato que o devedor não pôde evitar, enquanto na força maior estamos diante de um evento que, ainda que fosse previsto, não poderia ser evitado pelo devedor<sup>885</sup>. Porém, nem sempre a força maior exonerava o devedor de todas as consequências negativas decorrentes da inexecução. Assim:

- a) Em caso de depósito, o artigo 1436.º CS determinava que o depositário era responsável pelos danos se a tal se tivesse obrigado expressamente, bem como se se encontrasse em mora quando os mesmos ocorreram<sup>886</sup>;
- b) Em caso de comodato, o artigo 1516.º CS estabelecia que o comodatário respondia pelos danos se, podendo salvar a coisa, o

---

<sup>882</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações, O Objecto da Relação Obrigacional*, ob. cit., p. 241.

<sup>883</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 527.

<sup>884</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 528.

<sup>885</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Segundo – Das Obrigações, ob. cit., pp. 126 e 127.

<sup>886</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 71.

não tivesse feito ou tivesse preferido salvar as suas próprias coisas<sup>887</sup>;

- c) Em caso de comodato, o artigo 1517.º CS determinava que o comodatário respondia por metade das perdas e danos quando o caso fortuito ou a força maior se não tivessem dado caso a coisa se encontrasse no poder do seu dono.

XXII. Em princípio, o fato produzido por um terceiro era considerado caso fortuito ou de força maior, conduzindo, por conseguinte, à exoneração do devedor. Acontece, todavia, que seria necessário que se tratasse, efetivamente, de um terceiro. Com efeito, já no Código de Seabra e, não obstante a ausência de norma paralela ao atual artigo 800.º CC, a doutrina afirmava que certas pessoas, dada a sua ligação ao devedor, *não poderiam ser consideradas como terceiros*. Assim, como salientava Guilherme Moreira, não se considerava terceiro o filho menor do devedor, um empregado ou comissionado seu. O Autor acrescentava, ainda: “... sendo a obrigação considerada em relação ao seu resultado final e podendo o devedor recorrer a quaesquer meios para o conseguir, fica responsável pelo uso desses meios e portanto pelos fatos praticados por quaesquer pessoas que com elle cooperem no cumprimento da obrigação”<sup>888</sup>.

XXIII. No âmbito da responsabilidade obrigacional por fato de outrem, o Código de Seabra não continha uma regra semelhante ao disposto no atual artigo 800.º do CC.

Não obstante essa ausência, a doutrina era relativamente unânime em aceitar a responsabilidade do devedor pelos actos de terceiros que com ele cooperassem no cumprimento da obrigação<sup>889</sup>.

---

<sup>887</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 131.

<sup>888</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Segundo – Das Obrigações, ob. cit., p. 128.

<sup>889</sup> Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 72, Janeiro / 1958, p. 264.



Conforme salientava Guilherme Moreira, a responsabilidade por fato de outrem só podia ocorrer nos casos em que existisse um vínculo entre o agente e a pessoa que praticava o fato, vínculo esse em virtude do qual se poderia considerar o acto como sendo *próprio do representado* ou um ato que reverterse *em proveito* deste. Isto poderia acontecer num contrato de mandato ou numa prestação de serviços<sup>890</sup>. Portanto, haveria dois fundamentos suscetíveis de originar a responsabilidade por fato de outrem:

- a) Por um lado, a relação contratual de mandato, através da qual alguém praticaria um acto por conta de outrem, justificando por isso que a pessoa com interesse em tal ato respondesse pelos danos que na sua prática fossem causados a terceiro;
- b) Por outro, a existência de um proveito resultante de tal ato para o agente.

XXIV. Apesar da ausência de consagração de um princípio geral de responsabilidade obrigacional por fato de outrem<sup>891</sup>, a doutrina de então aceitava, pacificamente, este princípio, que emanava de disposições isoladas do Código de Seabra, concretamente, e a nível extracontratual, os artigos 2380.º, 2398.º e 2399.º, bem como a nível obrigacional, dos artigos 1342.º, 1421.º, 1608.º, n.º 2, aos quais seria de acrescentar o artigo 22.º, n.º 2, do Decreto n.º 5.411, relativo ao arrendamento urbano, bem como os artigos 377.º e 492.º do Código Comercial<sup>892 893</sup>.

Decorria da articulação entre estes preceitos uma solução idêntica à que hoje se encontra contemplada no artigo 800.º CC, ou seja, de que o devedor

---

<sup>890</sup> Neste sentido, cf. GUILHERME MOREIRA, *Estudo sobre a responsabilidade civil*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 39.º Ano, N.º 1669, p. 2.

<sup>891</sup> Neste sentido, cf. JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 420.

<sup>892</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., pp. 420 e 421, onde afirma, sem qualquer hesitação, que estas disposições não têm carácter excecional, antes são “*aplicações de um princípio geral, que a lei não formulou expressamente, mas que aquelas referidas disposições subentendem.*”.

<sup>893</sup> Sobre o tema, cf. ainda MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, ob. cit., pp. 64 e seguintes.

respondia, já então, pela atuação dos seus auxiliares, que não o exonerava de eventuais responsabilidades.

XXV. A nível de contratos especiais, a responsabilidade dos hospedeiros em relação aos seus hóspedes encontrava-se regulada nos artigos 1420.º e 1421.º CS.

Este contrato era definido no artigos 1419.º CS da seguinte forma:

*Artigo 1419.º*

*Dá-se contrato de albergaria, quando alguém presta a outrem albergue e alimento, ou só albergue, mediante a retribuição ajustada ou do costume.*

*§ único. Êste contrato deduz-se de fatos, sem necessidade de estipulação expressa, quando o que presta albergue é albergueiro por ofício.*

*Artigo 1420.º*

*O albergueiro é responsável, como se fôra depositário, pela bagagem, ou por quaisquer alfais, que o hóspede haja recolhido na pousada.*

*§ único. Se, porém, forem coisas de pequeno valor e fáceis de sumir, deverá o hóspede recomendá-las à guarda do albergueiro, aliás não responderá êste pelo extravio ou deterioração delas, não se provando culpa da sua parte.*

*Artigo 1421.º*

*O albergueiro responde, igualmente, pelos danos que os próprios criados, serviçais ou qualquer estranho por êle albergado, causarem, salvo o regresso contra êstes.*

*Artigo 1422.º*

*O albergueiro não é, todavia, responsável pelos danos provenientes de culpa do hóspede, de fôrça maior, ou de caso fortuito, para os quais de nenhum modo haja concorrido.*

O Código de Seabra não considerava o albergueiro como um depositário, havendo apenas equiparação ao regime do depósito, para efeitos de responsabilidade civil<sup>894</sup> <sup>895</sup>. Aliás, para Cunha Gonçalves, “A verdadeira

---

<sup>894</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 739.

<sup>895</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Volume III, ob. cit., pp. 63 e seguintes.

*obrigação do albergueiro é a duma estreita vigilância, quer sôbre os seus empregados e criados, quer sôbre os seus hóspedes*"<sup>896</sup>. Segundo este Autor, por força de uma interpretação extensiva do art. 1420.º CS, o albergueiro deveria igualmente responder pelos atos de pessoas que enviam às estações e ao cais, para acolher o viajante<sup>897</sup>.

Diferentemente, algumas vozes defendiam que se tratava, pelo menos nalguns casos, apenas de responsabilidade por fato próprio do albergueiro, devido à referência ao direito de regresso constante do art. 1421.º CS<sup>898</sup>.

Por outro lado, quanto à expressão *estranho albergado*, ela deveria incluir não apenas os hóspedes propriamente ditos, como também "*qualquer pessoa que tenha no hotel freqüentes entradas e saídas, a título de visita a qualquer hóspede ou serviçal, ou como jornalista, ou por outro motivo*"<sup>899</sup>. Portanto, o albergueiro respondia por atos dos seus dependentes e bem assim por todos os seus *comissionados*, i.e., quaisquer pessoas encarregadas de certos serviços ou comissões<sup>900</sup>. E responde ainda pelos danos causados por estranhos, que venham ou estejam na estalagem, entendendo-se que nesse caso não cumpriu as regras aplicáveis (os *regulamentos policiais* referidos no art. 2361.º CS)<sup>901</sup>.

O albergueiro responderia também pelas "*pessoas que se introduziram no hotel ou albergue sem licença ou clandestinamente, até por meio de chave falsa, escalada, arrombamento, perfuração de parede ou soalho, quando estes fatos poderiam ter sido*

---

<sup>896</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 739.

<sup>897</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 740: "*Êstes corretores tomam conta das bagagens, logo no momento em que o viajante desce do comboio ou desembarca do navio ou do avião, ou à saída do posto aduaneiro. Portanto, com aplicação extensiva do art. 1420.º, que os fatos da vida moderna impõem, o hoteleiro ou albergueiro será responsável pelas bagagens e objectos dos hóspedes, desde o momento em que por estes foram confiados aos corretores ou quaisquer outros empregados daquele e antes que tenham sido recolhidos no hotel.*".

<sup>898</sup> MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, p. 51.

<sup>899</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 741.

<sup>900</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 64.

<sup>901</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 64, salientando que tal se verifica quando o albergueiro dá abrigo a um estranho sem disso dar a devida conta às autoridades policiais.

*evitados por uma incessante vigilância e mantendo-se a iluminação nocturna dos corredores*”<sup>902</sup>.

A equiparação aos funcionários do albergueiro e estranhos era, segundo a doutrina, de certo modo anómala<sup>903</sup>.

Quanto aos casos de não responsabilidade do albergueiro, Cunha Gonçalves entendia que a letra da lei necessitava de correção, uma vez que em vez de referir os bens de pequeno valor, se queria referir decerto aos de grande valor<sup>904</sup>.

Assim, o albergueiro respondia pelos danos resultantes de furto ou extravio de bagagens, alfaías e demais objetos, bem como por outros danos, causados por criados, serviçais ou qualquer estranho igualmente albergado. Segundo o CS, tal era uma *responsabilidade contratual* mas, na opinião de Cunha Gonçalves, deveria qualificar-se como *responsabilidade extracontratual*<sup>905</sup>. Para Guilherme Moreira, este seria um regime de responsabilidade objetiva<sup>906</sup>.

Acresce que, de acordo com o art. 2381.º CS, a responsabilidade seria solidária quando o autor do dano fosse *“pessoa recolhida e agasalhada sem cumprimento dos regulamentos policiais”*.

Quanto à responsabilidade pelos atos dos hóspedes, o hospedeiro apenas responderia pelos danos causados aos demais hóspedes e não a terceiros<sup>907</sup>.

XXVI. No contrato de sociedade particular, estabelecia o artigo 1272.º CS:  
*Os sócios não são obrigados solidariamente pelas dívidas da sociedade, nem além da sua parte no fundo social, excepto havendo convenção expressa em contrário.*

---

<sup>902</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., pp. 741 e 742.

<sup>903</sup> MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, ob. cit., p. 54.

<sup>904</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 742.

<sup>905</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 697.

<sup>906</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, ob. cit., p. 607.

<sup>907</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 699.

Assim, a sociedade poderia ficar obrigada perante terceiros pelos atos de um dos seus sócios, contanto que:

- a) O sócio fosse administrador ou mandatário especial;
- b) O sócio tivesse declarado estar a agir em nome da sociedade<sup>908</sup>.

XXVII. Sobre o contrato de mandato, dispunham os artigos 1335.º e seguintes do CS, destacando-se<sup>909</sup>:

*Artigo 1335.º*

*O mandatário é obrigado a cumprir o seu mandato, nos termos e pelo tempo por que lhe foi conferido.*

*Artigo 1336.º*

*O mandatário deve dedicar à gerência de que é encarregado a diligência e cuidado de que é capaz, para o bom desempenho do mandato; se assim o não fizer, responderá pelas perdas e danos a que der causa.*

*Artigo 1337.º*

*O mandatário não pode compensar os prejuízos, a que deu causa, com os proveitos que por outro lado tenha diligenciado para o seu constituinte.*

*Artigo 1338.º*

*O mandatário, que exceder os seus poderes, será responsável pelas perdas e danos que causar, tanto para com o constituinte, como para com qualquer terceiro com quem haja contratado.*

*(...)*

*Artigo 1341.º*

*Sendo várias pessoas encarregadas conjuntamente do mesmo mandato, responderá cada uma delas pelos seus actos, se outra coisa não fôr estipulada.*

*§ único. No caso de inexecução do mandato, será a responsabilidade repartida, por igual, entre os mandatários.*

*Artigo 1342.º*

---

<sup>908</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, Coimbra, Coimbra editora, 1934, pp. 296 e 297.

<sup>909</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., pp. 15 e seguintes.

*O mandatário não pode encarregar a outrem o cumprimento do mandato, se para isso não lhe tiverem sido dados poderes; e se lhe forem dados sem designação de pessoa, responderá pelo substituído, sendo êste notoriamente inhábil ou insolvente.*

*Artigo 1343.º*

*O mandatário substituído tem para com o mandante os mesmos direitos e obrigações, que tinha o mandatário originário.*

Observando este regime, verifica-se que os artigos 1342.º e 1343.º CS regulavam a matéria do substabelecimento do mandato<sup>910</sup>. Este contrato era baseado numa relação de confiança, pelo que em princípio deveria ser o próprio mandatário a proceder à sua execução<sup>911</sup>.

Por isso, Cunha Gonçalves assinala que o regime constante do artigo 1342.º CS contrastava com o Direito romano e o Direito canónico, “*que admitiam a substituição do mandatário, por iniciativa dêste e sem autorização do mandate, salvo nos casos em que a nomeação daquele fôra determinada pelas suas qualidades pessoais, mórmente de carácter profissional*”<sup>912</sup>. Para este Autor, no CS a substituição não era proibida; contudo, quando não autorizada, não tinha os mesmos efeitos que a substituição autorizada.

No entanto, a questão não era pacífica, sendo que grande parte da doutrina considerava que o mandatário não se podia fazer substituir, devido precisamente ao disposto no art. 1342.º CS, entendimento que nos parece mais consentâneo com o disposto neste preceito<sup>913</sup>. Ora, tanto quanto nos parece, o CS proibia que o mandatário se fizesse substituir por outrem no cumprimento

---

<sup>910</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 18.

<sup>911</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 455.

<sup>912</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 456.

<sup>913</sup> Neste sentido, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, ob. cit., pp. 62 e 63.

do mandato, a menos que para isso lhe tivessem sido conferidos os poderes necessários<sup>914</sup>.

Já se a substituição houvesse sido autorizada, sem designação de substituto, o mandatário apenas responderia pela *inabilidade* do substituto, entendendo-se como tal “a falta dos requisitos intelectuais e morais necessários ao bom desempenho do mandato”<sup>915</sup>.

Se, ao invés, o mandatário substabelecesse em pessoa indicada pelo mandante, “ficará aquele liberto de tãda a responsabilidade pelos actos do substituto, mesmo que êste seja notòriamente inhábil ou insolvente”<sup>916</sup>. Porém, responderia pelo incumprimento do dever de vigilância e de aviso do mandante, caso se apercebesse de alguma irregularidade e não a comunicasse<sup>917</sup>.

Por fim, se o mandato proibisse a substituição e, ainda assim, esta se verificasse, o mandatário responderia pelos atos do substituto, bem como pelos casos fortuitos decorrentes da substituição, os quais não teriam lugar se o mandato fosse executado pelo próprio<sup>918</sup>. Destarte, a responsabilidade do mandatário será já uma responsabilidade por fato próprio e subjetiva, decorrente do incumprimento dos termos do próprio contrato<sup>919</sup>.

XXVIII. No âmbito do *mandato com representação*, dispunham os artigos 1350.º e seguintes CS:

*Artigo 1350.º*

*O constituinte é responsável para com qualquer pessoa, nos têrmos do art.*

*1345.º, pelo que o mandatário tiver feito, como tal, em relação a essa pessoa;*

---

<sup>914</sup> Também o artigo 1513.º CS determinava que o comodante podia exigir a coisa, caso esta fosse cedida a terceiro.

<sup>915</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 458, considerando que “se o substituto, embora inteligente, ou técnicamente competente, se mostrar desohnesto, o mandatário será responsável pelas suas faltas de probidade.”.

<sup>916</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 462.

<sup>917</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 462.

<sup>918</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 462.

<sup>919</sup> Assim também MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, ob. cit., p. 45.

*mas o mandatário não tem acção para exigir dela, em nome do constituinte, o cumprimento das obrigações contraídas pela mesma pessoa. Êste direito compete ao constituinte.*

*Artigo 1351.º*

*Os actos que o mandatário pratica em nome do seu constituinte, mas fora dos limites expressos do mandato, são nulos em relação ao mesmo constituinte, se êste não os ratificou tácita ou expressamente.*

*Artigo 1352.º*

*O terceiro, que assim houver contratado com o mandatário, não terá acção contra êle, se o dito mandatário lhe houver feito conhecer, quais eram os seus poderes, e se não se tiver responsabilizado pessoalmente pelo constituinte.*

Portanto, sendo o mandato com representação, respondia o mandante pela atuação do mandatário, já que os atos deste produziam efeitos diretamente na sua esfera jurídica. Não seria assim, no entanto, em relação a atos praticados para além dos poderes conferidos (artigo 1351.º CS). Já então Cunha Gonçalves contestava a falta de rigor da expressão contida no art. 1351.º CS, ao considerar nulos tais atos, que, a seu ver, apenas não obrigavam o mandante<sup>920</sup>.

XXIX. Finalmente, o instituto da gestão de negócios encontrava-se regulado nos artigos 1723.º e seguintes CS<sup>921</sup>, de entre os quais destacamos:

*Artigo 1723.º*

*Aquêle que, sem autorização e voluntariamente, se intromete na gestão de negócios de outrem, torna-se responsável para com o proprietário dos ditos negócios, e para com aquêles com quem contratar em nome dêle.*

*Artigo 1724.º*

*Se o proprietário, ou aquêle a quem pertence o negócio, ratificar a gestão, e quiser aproveitar-se dos cómodos e proveitos que dela provierem, será*

---

<sup>920</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 480, salientando que esta consequência era restrita aos atos donde resultasse um prejuízo para o mandante, não abrangendo aqueles dos quais resultasse um benefício.

<sup>921</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Volume III, ob. cit., pp. 273 e seguintes.



*obrigado a indemnizar o gestor das despesas necessárias, que houver feito, e dos prejuízos, que tiver padecido por causa da dita gestão.*

*Artigo 1726.º*

*A ratificação da gestão produzirá os mesmos efeitos que produziria o mandato expresso.*

Decorria da articulação destes preceitos que, sendo a gestão ratificada, era aplicável o regime do mandato, com a consequente responsabilização do *dominus* pelos atos do gestor nos mesmos termos que naquele contrato.

XXX. Diferentemente se passavam as coisas no âmbito das pessoas coletivas. Estas eram já admitidas no Código de Seabra, sob a designação de *pessoas morais*. Portanto, era já admitida a individualidade da pessoa coletiva, isto é, como entidade diversa das pessoas físicas que a compõem<sup>922</sup>, sendo representada pelos seus gerentes ou administradores<sup>923</sup>. Nas relações com terceiros, estes não se consideram mandatários, sendo antes mero instrumento de expressão da vontade coletiva<sup>924</sup>.

XXXI. Nos restantes contratos de prestação de serviços, salienta-se que, no contrato de empreitada, o dono da obra não respondia pelos atos culposos praticados pelo empreiteiro, seus empregados ou operários<sup>925</sup>.

Já no âmbito do contrato de transporte, determinavam os artigos 1410.º e seguintes do CS<sup>926</sup>:

*Artigo 1410.º*

*Diz-se recovagem, barcagem e alquilaria o contrato por que qualquer ou quaisquer pessoas se obrigam a transportar, por água ou por terra, quaisquer pessoas, ou animais, alfaias ou mercadorias de outrem.*

---

<sup>922</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 1929, p. 789.

<sup>923</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume I, ob. cit., p. 789.

<sup>924</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume I, ob. cit., p. 789.

<sup>925</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 655.

<sup>926</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Annotado*, Volume III, ob. cit., p. 61.

(...)

*Artigo 1412.º*

*Os recoveiros e barqueiros serão havidos, para todos os efeitos, por depositários dos objectos conduzidos, desde o momento em que êstes lhes forem entregues.*

(...)

*Artigo 1415.º*

*O recoveiro ou barqueiro é obrigado a fazer o serviço, no tempo convencionado, e responderá, se assim o não fizer, por perdas e danos, excepto se fôr impedido por caso fortuito ou fôrça maior.*

A execução do contrato de transporte abrange, como é sabido, diversas operações, entre as quais se destacam o carregamento, a expedição propriamente dita, o descarregamento e a entrega da mercadoria ao destinatário<sup>927</sup>. Durante todo este período, o transportador tem o dever de custódia das coisas que lhe foram entregues.

Porém, Cunha Gonçalves assinalava que a responsabilidade do transportador pelos danos nas coisas transportadas podia assumir natureza contratual ou extracontratual<sup>928</sup>, consoante respeitasse à contraparte no contrato ou a terceiros atingidos nas suas pessoas ou nos seus bens.

Neste caso, não era necessário demonstrar a existência de culpa do transportador: este respondia, desde que não entregasse a coisa devida no destino e no estado em que a recebera<sup>929</sup>.

Porém, podia acontecer que o transportador ordenasse a um empregado seu que fosse buscar a coisa que deveria ser transportada ao domicílio do

---

<sup>927</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 687.

<sup>928</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., pp. 693 e seguintes.

<sup>929</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 695.

expedidor: nesse caso, responderia também pelos danos ocorridos na coisa desde esse momento<sup>930</sup>.

O regime então estatuído já estabelecia que o transportador respondia pelos próprios agentes, bem como *“por tôdas as pessoas que empreguem na execução dos transportes de que se tenham encarregado”*<sup>931</sup>. Assim, apenas não responderia:

- a) Pelo caso fortuito ou de força maior;
- b) Em caso de vício próprio da coisa;
- c) Pela culpa do expedidor, do destinatário ou de terceiro, estranho às operações de transporte;
- d) Em caso de cláusula lícita de exclusão da responsabilidade<sup>932</sup>.

Tratando-se de transporte de pessoas, o transportador responderia ainda:

- a) Pela indicação errada dada por um dos seus funcionários, que levou um passageiro a entrar no comboio errado;
- b) Pela perda de ligação com outro comboio devido a demora<sup>933</sup>.

XXXII. Se durante o transporte o passageiro viesse a sofrer danos, ainda que houvesse algumas dúvidas na doutrina, entendia-se que a responsabilidade do transportador era de natureza contratual. Com efeito, como afirmava Cunha Gonçalves, *“o transportador obriga-se, tácitamente, a fazer chegar o passageiro são e salvo ao seu destino, evitando, tanto quanto possível, por si ou por seus empregados, todos os actos ou fatos que possam pôr em perigo a vida ou a integridade física do mesmo passageiro”*<sup>934</sup>.

Deste modo, *“O transportador é solidàriamente responsável por tôdas as perdas e danos que aos passageiros e às suas bagagens resultem de quaisquer acidentes, que*

---

<sup>930</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 695, referindo a regra de Direito romano segundo a qual *Et sunt quidam in navibus qui custodiae gratia navibus praeponuntur*.

<sup>931</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., pp. 695 e 696.

<sup>932</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 696.

<sup>933</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 699.

<sup>934</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 701.

*representem inexecução ou má execução dessa obrigação, quando esta seja violada pelos seus empregados.”*<sup>935</sup>.

Cunha Gonçalves refere alguns casos em que a jurisprudência considerou o transportador responsável<sup>936</sup>:

- a) Um viajante feriu-se, ao descer, forçado por um empregado da empresa, quando o comboio estava em marcha;
- b) Um viajante, por errada indicação dum empregado, tomou um comboio diverso do que pretendia;
- c) O passageiro caiu devido a deficiente iluminação no local de paragem do comboio;
- d) O veículo entrou em movimento quando o passageiro ainda estava a entrar ou a sair;
- e) Devido a bruscos arranques da máquina, o passageiro caiu ou um objeto caiu sobre ele

Diferentemente, se um dos funcionários da empresa transportadora furtasse um objeto a um passageiro – não tendo este sido entregue para depósito – a empresa poderia ser chamada responder objetivamente, mas a título extracontratual e não obrigacional.

XXXIII. Outro contrato importante era o de depósito. A este respeito, estabelecia o Código de Seabra o seguinte:

*Artigo 1435.º*

*O depositário é obrigado:*

- 1.º A prestar, na guarda e conservação da coisa depositada, o cuidado e diligência de que é capaz, para o bom desempenho do depósito;*
- 2.º A restituir o depósito, quando lhe fôr exigido pelo depositante, com todos os seus frutos e acrescidos.*

*Artigo 1436.º*

---

<sup>935</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 701.

<sup>936</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 707.

*O depositante só responde pelo prejuízo acontecido ao depósito por caso fortuito ou força maior:*

*1.º Se a isso se tiver obrigado expressamente;*

*Se estava em móra, quando se deu o prejuízo.*

A regra de que o depositário devia aplicar à guarda da coisa toda a diligência de que fosse capaz parece derivar da ideia, proveniente de Direito romano, que, sendo o depósito gratuito, apenas é exigível ao depositário a culpa leve em abstrato, não lhe sendo imputável o dano eventualmente derivado de culpa leve em concreto<sup>937</sup>. Diferentemente, para Cunha Gonçalves, a lei não consentia ao depositário a negligência em concreto, mesmo que fosse habitualmente negligente com as suas próprias coisas<sup>938</sup>.

O depositário não respondia pela perda da coisa decorrente de caso fortuito ou força maior, com ressalva das duas exceções previstas no art. 1436.º CS<sup>939</sup>.

XXXIV. O CS previa ainda, a propósito do contrato de locação, a sublocação, destacando-se o artigo 1605.º CS:

*Se no contrato não houver cláusula alguma proibitiva de sublocação, o locatário poderá sublocar livremente, ficando, porém, sempre responsável para com o senhorio pelo pagamento do preço locativo, e mais obrigações derivadas da locação.*

Uma vez que, apesar da sublocação, o locatário não se desliga do contrato – antes é, acrescentamos nós, pressuposto da sublocação que o locatário se mantenha enquanto tal – “Qualquer infracção do contrato de arrendamento ou dos preceitos legais a êste concernentes, cometidas pelo sub-locatário,

---

<sup>937</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, Coimbra, Coimbra editora, 1934, p. 25.

<sup>938</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, ob. cit., p. 25.

<sup>939</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, ob. cit., p. 27, considerava, todavia, que “o depositário não será responsável, mesmo nestas hipóteses, quando a acção do caso fortuito fôr muito extensa e se provar que a cousa depositada se perderia ainda quando estivesse em poder do depositante.”.

dará ao senhorio o direito de accionar contra êste e o locatário ou sómente contra êste, que é responsável pelos actos daquêlê”<sup>940</sup>. A situação criada pela sublocação é, assim, próxima da solidariedade, relativamente aos deveres do locatário perante o senhorio<sup>941</sup>.

Neste âmbito, estabelecia o artigo 1608.º CS:

*O arrendatário é obrigado:*

- 1.º A satisfazer a renda no tempo e forma convencionados, ou, na falta de ajuste, conforme o costume da terra;*
- 2.º A responder pelos prejuízos que sobrevierem à coisa arrendada, por sua culpa e negligência, ou de seus familiares e sub-locatários;*
- 3.º A servir-se da coisa tão somente para o uso convencionado, ou conforme com a natureza da coisa;*
- 4.º A dar parte ao senhorio das usurpações, tentadas ou feitas por terceiros, e a defender os seus direitos do mesmo senhorio, nos termos ordenados na segunda parte do artigo 1451.º;*
- 5.º A restituir a coisa, no fim do arrendamento, sem deteriorações, salvo as que forem inerentes ao seu uso ordinário.*

Este preceito devia, então, ser aplicado em conjugação com o artigo 21.º do Decreto n.º 5.411<sup>942</sup>.

Assim, competia ao arrendatário a obrigação de “*usar do prédio arrendado como bom pai de família, isto é, o locatário deve cuidar e tratar do prédio arrendado como um bom pai de família trata o seu, com carinho, prudência, zelo de conservar*”<sup>943</sup>. Logo, se o devedor está adstrito à guarda de uma coisa, sobre a qual tem poderes de gozo, ele responde pelos fatos dos seus familiares que sejam colocados em contato com a coisa<sup>944</sup>.

---

<sup>940</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, ob. cit., p. 771.

<sup>941</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, ob. cit., p. 771.

<sup>942</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, Coimbra, Coimbra editora, 1935, p. 102. Sobre o tema, cf. também AAVV, *Leis do Arrendamento Urbano*, Coordenação de António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 130 e seguintes.

<sup>943</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, ob. cit., p. 102.

<sup>944</sup> MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, ob. cit., p. 57.

Para o presente estudo, interessa assinalar que o *locatário respondia não somente pelos próprios atos, como também pelos atos culposos praticados pelos seus familiares e sublocatários.*

Segundo Cunha Gonçalves, por *familiar* do locatário deveria entender-se “o cônjuge, os filhos, os empregados ou criados, os hóspedes permanentes ou eventuais, e as visitas”, sendo que a sua responsabilidade abrangia os “danos causados pelos seus criados e empregados, ou operários, ainda quando os actos danosos sejam por eles praticados fóra do serviço, por exemplo, o incêndio causado por malevolencia”<sup>945</sup>.

De acordo com este Autor, seria irrelevante a ausência de culpa direta do locatário: “A culpa resulta do simples fato de o locatário ter introduzido no prédio pessoas que foram causadoras do dano. O legislador quis garantir o locador que, pelo seu contrato, não pode já velar pela conservação do prédio.”<sup>946</sup>.

Naturalmente, porém, que onde o Autor refere a *culpa*, se deverá entender, na nossa ótica, o *risco* ou a *responsabilidade*, porquanto inexistente claramente qualquer atuação culposa por parte do locatário: é lícito, e nem se poderia entender de outra forma, usar o locado com os seus familiares, ter empregados, hóspedes e visitas.

XXXV. Relevante mostra-se ainda a regulação da responsabilidade dos representados estabelecida pelo Código de Seabra, onde encontramos um caso de responsabilidade por fato de outrem, embora num sentido que não corresponde ao atualmente constante dos artigos 258.º e seguintes do CC. Com efeito, a representação era então perspectivada em sentido amplo, ocorrendo nas “relações de tutela ou vigilância legal ou convencional”, bem como nas atividades exercidas com subordinação, no mandato, representação convencional e na hospedagem<sup>947</sup>.

---

<sup>945</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, ob. cit., p. 105.

<sup>946</sup> Neste sentido, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, ob. cit., p. 105.

<sup>947</sup> Assim, cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 504.

XXXVI. A estes casos previstos pelo Código de Seabra, importa acrescentar que, no âmbito do CCom<sup>948</sup>:

- a) O art. 367.º admitia que o transportador fizesse o transporte diretamente, por si ou pelos seus empregados, ou por empresa, companhia e pessoas diversas<sup>949</sup>;
- b) O art. 377.º estabelecia que o transportador *responderá pelos seus empregados, pelas mais pessoas que ocupar no transporte dos objectos, e pelos transportadores subsequentes a quem fôr encarregando o transporte*<sup>950</sup>;
- c) O art. 492.º determinava que o proprietário de um navio é civilmente responsável pelos atos e omissões do capitão e da tripulação, pelas obrigações contraídas pelo capitão relativas ao navio e sua expedição e pelas faltas de pilotos ou práticos tomados a bordo, ainda que, quanto a esta última, não houvesse responsabilidade quanto a admissão do piloto ou prático fosse ordenada pela lei local<sup>951</sup>.

A doutrina admitia que a razão de ser desta responsabilidade residia na circunstância de o capitão ser um *mandatário* do proprietário, para além de que,

---

<sup>948</sup> Por sua vez, como assinala cf. JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., pp. 465 e 466, o Código Comercial de Ferreira Borges foi o primeiro diploma legislativo que, em Portugal, utilizou a expressão caso fortuito ou força maior, concretamente no seu artigo 932.º: “Não tem lugar indemnização alguma de perdas e danos, quando em consequência de caso fortuito ou força maior o devedor foi impedido de fazer ou dar, o que era obrigado, ou fez o que lhe era defeso”. O Autor acrescenta que a utilização conjunta das expressões é pleonástica, já que força maior já abrange o caso fortuito.

<sup>949</sup> ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume I, Porto, Typographia «Artes & Letras», 1913, p. 45.

<sup>950</sup> ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume I, ob. cit., p. 53. Acresce que, de acordo com o artigo 376.º CCom, se o transportador aceitasse, sem reserva, os objetos que iria transportar, se presumia que os mesmos não apresentavam vícios aparentes. Destarte, caso o objeto chegasse ao seu destino com vícios não referidos na guia de transporte, presumia-se que tal se devia a culpa do transportador. Por sua vez, o artigo 377.º CCom estabelecia, em termos análogos ao artigo 800.º, n.º 1, do CC, que o transportador responde pelos seus empregados e auxiliares, bem como pelos transportadores subsequentes. De acordo com o artigo 383.º CCom, o transportador respondia pela perda ou deterioração das coisas que lhe tenham sido entregues para transporte, presumindo-se a sua culpa nos termos do artigo 779.º, n.º 1, do CC, salvo se provenientes de caso fortuito ou força maior, bem como de vício do objeto, culpa do expedidor ou do destinatário. Sobre as cláusulas de força maior, no âmbito dos contratos comerciais internacionais, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito comercial internacional. O Direito privado da globalização económica. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito comercial internacional*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – 2005, Lisboa, 2005, pp. 209 e seguintes.

<sup>951</sup> ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume I, ob. cit., pp. 321 e seguintes.



usualmente, não dispunha dos meios necessários para ressarcir o lesado<sup>952</sup>. Respondia ainda pelos atos da tripulação, por ser sua *dependente*.

Entendia-se ainda que o proprietário podia convencionar com a contraparte a exclusão da responsabilidade pelas faltas do capitão<sup>953</sup>.

XXXVII. Acresce que, de acordo com o artigo 139.º do Código da Estrada: *O proprietário ou proprietários do veículo ou meios de transporte, ainda que não sejam os causadores do acidente, responderão, com a limitação fixada no artigo anterior, solidariamente com o autor, pela indemnização referida no mesmo artigo, com direito de regresso contra êle, salvo o disposto neste Código.*

Assim, todo o desastre ou acidente causado por veículo ou meio de transporte em circulação nas vias públicas concedia ao lesado o direito de exigir uma indemnização pelos prejuízos sofridos, exceto quando o acidente fosse devido a culpa do próprio lesado ou de terceiro.

Esta era, claramente, uma consagração de responsabilidade objetiva, para a qual bastava a prova da responsabilidade do condutor e da circulação do veículo por vontade do seu proprietário<sup>954</sup>.

XXXVIII. Relevante mostra-se ainda a doutrina firmada no Assento do STJ 4 de abril de 1933, no qual, embora apenas com a maioria de um voto, foi formulada a teoria do risco no âmbito dos acidentes de viação.

XXXIX. Posteriormente, no Acórdão do STJ de 20 de fevereiro de 1963<sup>955</sup>, foi decidido que *“Nos contratos de seguro facultativo da responsabilidade por*

---

<sup>952</sup> ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume I, ob. cit., p. 322.

<sup>953</sup> ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume I, ob. cit., pp. 328 e 329.

<sup>954</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, p. 142. Com efeito, o artigo 120.º do Código da Estrada determinava que *O proprietário do veículo é obrigado solidariamente com o causador do dano, salvo se provar que a circulação do veículo se efectuou contra a sua vontade.*

<sup>955</sup> Processo n.º 058254, Relator Arlindo Martins, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*acidentes causados por veículo automóvel, são válidas as cláusulas que excluem do seu âmbito os empregados, assalariados ou mandatários em serviço do segurado”.*

De acordo com a cláusula em discussão nestes autos, a garantia oferecida pelo seguro não compreendia, em caso algum, *a responsabilidade por prejuízos ou danos causados aos empregados, assalariados ou mandatários, em serviço do segurado.* Havia aqui uma divergência entre dois acórdãos, o recorrido, em que se admitia a validade de tal cláusula, e um outro, em que a mesma era considerada nula, por contrária a princípios de interesse e ordem pública.

Na perspectiva do STJ:

- a) O art. 672.º CCom admite que os contraentes incluam nos contratos condições ou cláusulas que bem entenderem;
- b) O art. 427.º CCom estabelecia então que o contrato de seguro (comercial) era regulado pelas estipulações da apólice, contanto que as mesmas não fossem proibidas por lei;
- c) Eram proibidas por lei as estipulações contrárias aos princípios de interesse de ordem pública;
- d) Tratando-se de seguro obrigatório, a exclusão não deveria ser admitida; ao invés, no caso de seguro facultativo, é a mesma válida, aqui prevalecendo o princípio da autonomia da vontade.

Assim, de acordo com esta perspectiva, tal cláusula seria considerada válida, essencialmente por se estar diante de um seguro facultativo: se o lesado não puder exigir a indemnização à seguradora, pode ainda assim exigí-la diretamente ao responsável, de modo que esta limitação não ofenderia o princípio da responsabilidade objetiva, consignado no Código da Estrada.

XL. Um outro aspeto relevante era também a questão da regulação da responsabilidade obrigacional pelas partes. Neste tema, segundo o artigo 708.º CS<sup>956 957</sup>:

---

<sup>956</sup> Sobre o tema, cf. PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo II, Cap. II: O Objecto, pelos Alunos Margarida Pimentel Saraiva e Orlando Garcia-Blanco Courrège, Lisboa, Imprensa Baroeth, 1938-1939, pp. 243 e seguintes.

*A responsabilidade civil pode ser regulada por acôrdo das partes, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário.*

O acordo tanto podia ter como conteúdo a regulação do valor da indemnização, como a exclusão, total ou parcial, ou o agravamento, da responsabilidade<sup>958</sup>. Contudo, segundo Cunha Gonçalves, a validade desta cláusula dependia de certos limites<sup>959</sup>:

- a) A cláusula de irresponsabilidade não podia colocar um dos contraentes à mercê do outro, sendo apenas admissível em caso de culpa levíssima;
- b) A cláusula de irresponsabilidade é de interpretação restrita;
- c) A cláusula de irresponsabilidade contratual não afeta a eventual responsabilidade delitual;

Quanto a saber se o devedor poderia excluir a sua responsabilidade pelos atos praticados com dolo ou culpa, leve ou grave, pelos seus empregados e subordinados, Cunha Gonçalves considerava que tal não seria possível – contrariamente ao que hoje se encontra plasmado no n.º 2 do artigo 800.º. Argumentava com a solidariedade entre patrão e empregado resultante do art. 2380.º CS, bem como que *“uma tal cláusula seria o meio de elas escaparem a toda a responsabilidade pela inexecução ou má execução dos mesmos contratos”*<sup>960</sup>.

XLI. Sem prejuízo desta solução, aplicável ao Direito civil, importa assinalar que, no âmbito do Direito marítimo, era permitida a exclusão de responsabilidade em caso de *falta náutica*. Não obstante, já então Cunha Gonçalves contestava esta solução, por considerar que *“a responsabilidade solidária dos patrões não é fundada numa culpa in vigilando ou in eligendo, senão que no conceito do risco profissional e também em que o capitão e os tripulantes são, apenas,*

---

<sup>957</sup> JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, Segunda edição, Volume II, ob. cit., p. 45.

<sup>958</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 534.

<sup>959</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., pp. 535 e seguintes.

<sup>960</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 536.

*instrumentos duma especulação mercantil do armador; e quem tem o proveito deve ter os inerentes desproveitos*”<sup>961</sup> <sup>962</sup>.

De referir a este respeito é ainda a Lei francesa de 31 de maio de 1924<sup>963</sup>, sobre navegação aérea, a qual declarou nula toda a cláusula pela qual o transportador ficasse exonerado da sua responsabilidade, tanto por atos próprios, como por atos dos seus empregados e agentes, em tudo o que respeitasse à receção, conservação e entrega das mercadorias.

XLII. Concluindo, pode ver-se no durante este período, apesar da prevalência do princípio da responsabilidade subjetiva, coexistiam diversas imputações de responsabilidade a título objetivo, quer no âmbito delitual, quer obrigacional. Pese embora a ausência da consagração de uma norma semelhante ao atual art. 800.º CC, a doutrina era unânime em admitir este regime, assente numa ideia de risco do devedor.

---

<sup>961</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 536.

<sup>962</sup> É de assinalar que, atualmente, é no âmbito do Direito Marítimo que encontramos uma das exceções ao princípio consagrado no n.º 1 do artigo 800.º CC, de que o devedor responde pelos atos dos seus auxiliares no cumprimento da obrigação. Essa exceção verifica-se no transporte marítimo de mercadorias, no que concerne aos factos decorrentes de culpa náutica. Sobre o tema, cf.: RICARDO BERNARDES, *A conduta do transportador impeditiva da limitação de responsabilidade no Direito marítimo*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes II*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 444 e seguintes; JOÃO RICARDO BRANCO, *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*, em *Temas de Direito dos Transportes I*, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 293 e seguintes.

<sup>963</sup> Disponível aqui:

[http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=1600E4AEA2BEDF31A1183AB2DE41FED6.tpdjo09v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000000684462&dateTexte=20101130](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=1600E4AEA2BEDF31A1183AB2DE41FED6.tpdjo09v_3?cidTexte=JORFTEXT000000684462&dateTexte=20101130).

# DIREITO COMPARADO

## INTRODUÇÃO

*“A experiência ensina-nos (...) que há uma riqueza de ordens jurídicas, que se cruzam a vários níveis, se relacionam ou se ignoram, mas não se excluem”*<sup>964</sup>

I. É um fato conhecido a existência de uma clara diferenciação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*<sup>965 966</sup>: no entanto, constitui um fator relevante a tomar em consideração a circunstância de em ambos os modelos se ter verificado uma evolução similar: assim, a partir do século XIX, registou-se a evolução de um regime assente na culpa para um regime em que a responsabilidade objetiva passou a ocupar um espaço cada vez maior<sup>967</sup>.

II. Nas próximas páginas procuraremos explorar o desenvolvimento da responsabilidade por fato de outrem nos ordenamentos jurídicos que, tradicionalmente, constituem fator de comparação com o Direito português.

---

<sup>964</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução à Ciência do Direito*, 3.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, Renovar, 2005, p. 121.

<sup>965</sup> Sobre os diferentes sistemas jurídicos, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução à Ciência do Direito*, ob. cit., pp. 131 e seguintes.

<sup>966</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2000, pp. 227 e seguintes.

<sup>967</sup> Neste sentido, cf. GUIDO SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, p. 423, artigo disponível em:

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.dirittocomparato.unipa.it%2Fsystem%2Ffiles%2Ffile%2Fcriterio%2520imputazione%252008.pdf&ei=dL0-UuPdM8HmswaxhYCgCw&usg=AFQjCNE2oGZpUinntGUttHSNBd98dGodzA&sig2=ID8BXMR8qA1H9WtXTWqKag&bvm=bv.52434380,d.Yms>



## DIREITO ALEMÃO

### Introdução

I. O estudo da experiência alemã mostra-se particularmente relevante para o Direito Português, devido à especial inspiração que o Código Civil de 1966 foi buscar ao BGB<sup>968</sup>.

Entre o grupo de normas que regulam a imputação do comportamento de auxiliares, para além das que constam do BGB<sup>969</sup>, é igualmente relevante referir o artigo 34.º da Constituição Alemã<sup>970 971</sup>, que estabelece<sup>972</sup>:

*Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.*

Decorre deste preceito o seguinte:

---

<sup>968</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 51, afirma que o Direito Civil Português se caracteriza por ser um Direito Continental, de estilo germânico. Reforçando, na página seguinte, que se trata de “*um código de clara inspiração germânica*”.

<sup>969</sup> Sobre o BGB, cf. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ob. cit., pp. 536 e seguintes.

<sup>970</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, p. 890. Contudo, saliente-se que o Autor refere, de entre este grupo, o § 831 do BGB, quando, como veremos, esta norma refere a imputação de um comportamento próprio, e não alheio.

<sup>971</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003, sublinha, na p. 22, que de acordo com o art. 1.º, n.º 3, da Lei Fundamental, “*os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente*”.

<sup>972</sup> Relevante e ainda o artigo 93.º, assinalado por CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, ob. cit., p. 26, nos termos do qual, “*qualquer pessoa pode deduzir a queixa constitucional com fundamento em «ter sido lesada, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais»*”.

- a) O Estado e outras pessoas coletivas públicas respondem pela atuação de uma pessoa quando esta, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, cause danos a terceiros;
- b) A responsabilidade recai, em princípio, sobre o Estado ou organismo em cujo serviço o causador do dano se encontra integrado;
- c) Em caso de dolo ou negligência grave, há direito de regresso contra o agente.

### Traços gerais: o BGB

I. A doutrina alemã debateu com grande detalhe qual deveria ser o regime aplicável à responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares. Esta discussão surgiu desde logo em 1884, por ocasião da realização do XVII Congresso de Juristas Alemães, tendo então sido analisado qual seria o modelo de responsabilidade por fato de outrem que seria adotado no então futuro Código Civil, ou seja, no atual BGB<sup>973</sup>. A maioria dos autores defendia então um sistema de responsabilidade objetiva do devedor pelos fatos dos seus auxiliares<sup>974</sup>. A principal opinião divergente cabia a Leonhard, que considerava que o devedor apenas devia responder em caso de culpa. Esta última orientação, no entanto, não prevaleceu, tendo o Congresso votado a favor do texto que se segue e que constituiu a sua resolução final<sup>975</sup>:

*In obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden.*

De acordo com este texto, no âmbito obrigacional o devedor responde pelos atos dos seus funcionários, contanto que praticados no exercício das funções que lhes tenham sido confiadas.

---

<sup>973</sup> Acerca da receção do Direito romano na Alemanha, cf. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ob. cit., pp. 97 e seguintes.

<sup>974</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 274.

<sup>975</sup> Seguimos ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 274.



Apoiando a decisão do Congresso, alguma doutrina invocava que o âmbito da obrigação do devedor incluía não apenas a sua diligência pessoal, como também a diligência das pessoas que interviessem, por vontade do devedor, na execução. Verificava-se, deste modo, o afastamento do dogma da culpa como fundamento da responsabilidade.

Em consequência deste debate, no BGB foram consignadas três normas relevantes em sede de responsabilidade por fato de outrem: os §§ 31, 278 e 831. Contudo, como veremos, os regimes adotados são substancialmente diversos em cada uma destas disposições, o que tem sido fruto de intenso debate na doutrina e jurisprudência alemãs.

II. Segundo Zimmermann, é importante notar que as duas primeiras décadas subsequentes à adoção do BGB foram marcadas por um estrito positivismo, que apenas mais tarde logrou ser ultrapassado<sup>976</sup>. Com efeito, desde cedo a doutrina se deu conta das limitações das normas do BGB, nomeadamente em sede de responsabilidade delitual. O caso do § 831 é paradigmático, na medida em que baseia a responsabilidade delitual por fato de outrem numa presunção de culpa do agente<sup>977</sup>, o que contrasta com o modelo objetivo de responsabilidade do devedor constante do § 278.

Para superar estas dificuldades limitativas, a doutrina e a jurisprudência acabaram por sustentar a expansão da responsabilidade contratual, que passou, assim, a abarcar situações que à partida estariam reservadas à responsabilidade extracontratual<sup>978</sup>. Veremos de seguida estes aspetos com mais pormenor.

---

<sup>976</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 56.

<sup>977</sup> Neste sentido, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXVII, N.º 1, 1996, p. 172.

<sup>978</sup> Neste sentido, REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 60: “Here we can see the origins of a development that was to characterize the modern German law of obligations: circumventing the limitations of the law of delict by a robust expansion of contractual liability.”.

## O § 31 BGB

I. O § 31 BGB estabelece um regime de responsabilidade das pessoas coletivas pelos danos resultantes da atuação por parte de um órgão, um membro de um órgão ou um outro representante, devidamente nomeado em relação a terceiros, contanto que aqueles tenham atuado no âmbito das funções de que foram incumbidos<sup>979</sup>. Através deste dispositivo, a lei procura assegurar a equiparação entre pessoas singulares e pessoas coletivas no domínio do Direito da responsabilidade<sup>980</sup>.

O conceito de órgão, para efeitos deste artigo, é um conceito amplo: é suficiente que se trate de alguém que, através da organização geral da empresa, exerça funções específicas do órgão, de forma independente, atuando assim em nome da pessoa coletiva que representa. Contudo, para Medicus, a existência de poderes de representação não é decisiva, podendo ser considerado enquanto órgão de uma pessoa coletiva, para efeitos do § 31, o diretor de uma filial bancária<sup>981</sup>.

II. O § 31 do BGB tem aplicação às sociedades, cooperativas e associações a estas equiparadas, de acordo com uma regra de igualdade, independentemente da forma de organização interna ou empresarial<sup>982</sup>. Este regime é ainda aplicável às pessoas coletivas de direito público, por força da remissão contida no § 89 BGB.

---

<sup>979</sup> Sobre o tema, cf. GERT BRÜGGEMEIER, *Die Haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 191, 1991, pp. 470-474. O Autor salienta as enormes diferenças existentes entre o disposto no § 31 do BGB e a sua aplicação prática.

<sup>980</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, em *Juristische Schulung*, Dezembro 1961, Heft 12, p. 382.

<sup>981</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Colónia / Berlim / Bona / Munique, Heymann, 1992, p. 366.

<sup>982</sup> Assim, GERT BRÜGGEMEIER, *Die Haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern*, ob. cit., p. 470.

III. A base da imputação consagrada no § 31 do BGB reside na necessidade de a pessoa coletiva executar ou atuar através de outras pessoas<sup>983</sup>. Trata-se, assim, de uma norma de imputação, que afasta a aplicação do § 831 do BGB, bem como do § 278 do BGB<sup>984</sup>, em vantagem clara para o lesado<sup>985</sup>.

Com efeito, a situação é substancialmente diversa da que encontramos no § 278 do BGB: neste último, a atuação do auxiliar é imputada ao devedor; diferentemente, no § 31 do BGB, a atuação do representante é considerada como sendo a própria atuação do devedor<sup>986</sup>: por isso, deve notar-se que estamos aqui perante uma situação de responsabilidade própria, e não de responsabilidade por fato de outrem<sup>987</sup>.

Ao invés, se o órgão, agente ou representante da pessoa coletiva recorrer a um auxiliar para o cumprimento dos seus próprios deveres, então o § 278 do BGB já será de aplicar<sup>988</sup>.

IV. A diferenciação, no entanto, nem sempre é clara, podendo nalguns casos discutir-se se a norma aplicável é o § 31 ou os §§ 278 ou 831 do BGB. Assim, p.ex., no caso decidido pelo BGH em 30.10.1967<sup>989</sup>, entendeu-se que uma sociedade respondia, nos termos do § 31 do BGB, pelas informações erradas fornecidas por um gerente de uma sucursal. No entanto, considerado a atuação do gerente, é discutível que esta fosse a norma aplicável<sup>990</sup>, em vez dos §§ 278 ou 831 do BGB.

---

<sup>983</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 382.

<sup>984</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 10.

<sup>985</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 825.

<sup>986</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894.

<sup>987</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 81.

<sup>988</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 81.

<sup>989</sup> Disponível em

[http://www.ejura-examensexpress.de/onlinekurs/entsch\\_show\\_neu.php?Alp=1&dok\\_id=1115](http://www.ejura-examensexpress.de/onlinekurs/entsch_show_neu.php?Alp=1&dok_id=1115).

<sup>990</sup> Sobre o tema, GERT BRÜGGEMEIER, *Die Haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern*, ob. cit., p. 473, onde refere que a longa tradição da jurisprudência é no sentido de contornar o § 831 do BGB, devido às suas insuficiências.

O sentido desta decisão parece ser o de que, tratando-se de empregado dirigente, ou superior<sup>991</sup>, se aplica o § 31, enquanto que o § 831 seria de aplicar em relação à atuação dos demais trabalhadores. Destarte, um empregado dirigente não seria representante legal, na aceção do § 278 do BGB, mas sim representante nos termos do § 31<sup>992</sup>, o que se verificaria em relação ao presidente de uma associação, fundação ou coletividade ou de uma entidade pública. Isto justifica-se na medida em que a atuação destas pessoas é considerada como sendo a atuação da própria pessoa coletiva, com ela se confundindo<sup>993</sup>. Não obstante estes argumentos, na verdade, a pessoa coletiva responde pela atuação destas pessoas, nos seguintes termos<sup>994</sup>:

- a) Se se tratar do incumprimento de uma obrigação, será de aplicar o § 278;
- b) Em caso de responsabilidade não contratual, aplicam-se os §§ 31 e 89.

Por outro lado, note-se que o conceito de empregado dirigente, ou superior se mostra de difícil concretização, além de que parece suscitar um problema de desigualdade de aplicação<sup>995</sup> em relação aos demais funcionários da pessoa coletiva.

Aliás, talvez por essa razão tem sido registada a tendência para o alargamento do âmbito de aplicação do § 31 do BGB, abrangendo não somente os altos cargos (diretores ou outros representantes, de acordo com os estatutos), como também aquelas pessoas que ocupem posições inferiores mas sejam colaboradores da pessoa coletiva, ou seja, executem, de forma autónoma,

---

<sup>991</sup> Cf. também WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 35, considerando que, no caso de atos praticados pelo médico chefe de um hospital, é de aplicar o § 31 do BGB.

<sup>992</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 354.

<sup>993</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 354.

<sup>994</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 354.

<sup>995</sup> Em crítica, GERT BRÜGGEMEIER, *Die Haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern*, ob. cit., p. 474.

funções importantes e que para esse efeito tenham sido designadas de acordo com as práticas comerciais ou as regras gerais de funcionamento<sup>996</sup>.

V. A doutrina alemã assinala a existência de um dever de organização – *Organisationspflicht* – nos termos do qual as empresas, principalmente as de grande dimensão, devem ser organizadas de forma a que, em último lugar, o cumprimento dos deveres de segurança no tráfego seja controlado por uma pessoa, pela qual responde a própria empresa segundo o § 31 do BGB<sup>997</sup>. Sendo este um dever da empresa, caso este *supervisor* não cumpra esta obrigação, pode haver lugar a responsabilidade obrigacional, nos termos do § 278 do BGB. A aplicação deste último preceito é justificada, nesta hipótese, uma vez que estaria em causa, precisamente, a violação de um dever legal.

VI. É discutível se as atividades que extravasam do poder de representação dos órgãos da pessoa coletiva são ou não incluídas no § 31 BGB<sup>998</sup>. Em sentido afirmativo parece pronunciar-se Westermann, ainda que recuse, nesta hipótese, a aplicação do § 179 BGB<sup>999</sup>.

VII. Nas sociedades de advogados, os sócios respondem pela atuação culposa de um deles, nos termos gerais das obrigações solidárias, de acordo com o § 425 BGB<sup>1000</sup>. De acordo com Medicus, isto explica-se porque os sócios se apresentam em conjunto, esperando-se deles em conjunto mais do que de um

---

<sup>996</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Madrid, Editorial Reus, 2012, p. 26, nota 13 (continuação).

<sup>997</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., número de margem 657.

<sup>998</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 383.

<sup>999</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 383, onde afirma: “Auch wenn die zum Ersatz verpflichtende Handlung in der Überschreitung der Vertretungsmacht besteht, kann sie unter § 31 fallen.”.

<sup>1000</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 367.

sócio singular, havendo assim responsabilidade de todos para todos. Não é assim necessário recorrer aqui ao § 278 do BGB<sup>1001</sup>.

### O § 831 BGB

I. Os autores do BGB não seguiram o modelo francês de responsabilidade delitual por fato de outrem<sup>1002</sup>. Segundo Zimmermann, o Código alemão adotou uma perspectiva restrita, o que se deveu ao fato de os seus autores entenderem que uma conceção ampla de responsabilidade era estranha ao tradicional entendimento alemão de justiça<sup>1003</sup>. Assim, com base no fragmento romano do *Digesto* 19, 2, 25, 7, os germânicos do século XIX consideraram que deveria ser rejeitada a ideia segundo a qual uma pessoa poderia ser responsabilizada, em termos delituais, pelos atos de outra<sup>1004</sup>. Como consequência disso, o princípio *no liability without fault* foi consagrado a nível extracontratual, no § 831<sup>1005</sup>.

A responsabilidade por fato de outrem, no seu sentido próprio, apenas vingou no âmbito contratual, através do § 278<sup>1006 1007 1008</sup>. Ao invés, o regime adotado no § 831 BGB estabelece que uma pessoa que utilize outra para desempenhar uma tarefa é responsável pelos danos infligidos por esta a terceiro, exceto se demonstrar que atuou com a diligência exigível na escolha,

---

<sup>1001</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 351.

<sup>1002</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., assinala, a p. 139, que “A influência dominadora, científica e cultural, do Código Civil francês apenas esmoreceria perante o aparecimento, nos finais do século XIX, de uma nova codificação, assente em dados científicos mais perfeitos e avançados”, salientando ainda que o mesmo é fruto da terceira sistemática.

<sup>1003</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 73.

<sup>1004</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., pp. 1124 e 1125.

<sup>1005</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1125.

<sup>1006</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), 16. Neubearbeitung, SELLIER – DE GRUYTER, 2009, pp. 340 e seguintes.

<sup>1007</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 73.

<sup>1008</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 261 e 262.

nas instruções ou na vigilância da sua atividade<sup>1009</sup>, ou ainda se demonstrar que o terceiro teria igualmente sofrido esses danos, mesmo que esses cuidados tivessem sido observados<sup>1010</sup>.

A aplicação deste dispositivo requer ainda a verificação da possibilidade de o comitente dar ordens e instruções ao auxiliar, cuja ação é assim suscetível de ser por aquele influenciada; ou seja, é necessário que o comissário se encontre numa situação de subordinação em relação ao comitente<sup>1011</sup>.

II. De acordo com o § 831 BGB, uma pessoa que utiliza outra para desempenhar uma tarefa é responsável, ou melhor, presume-se culpada, em caso de danos causados por esta última a terceiros no exercício de tal tarefa. Porém, a segunda parte da disposição autoriza o principal a exonerar-se da sua responsabilidade se demonstrar a ausência de culpa *in eligendo*, ou ainda se demonstrar que, mesmo que não tivesse tido culpa, os danos teriam igualmente acontecido, por outra causa, conferindo relevância negativa à causa virtual<sup>1012</sup>.

Destarte, não se encontra no § 831 BGB uma responsabilidade por fato de outrem, mas sim uma *responsabilidade por fato próprio*: o agente responde perante o terceiro porque selecionou mal, não instruiu devidamente ou não foi diligente na vigilância do auxiliar ao qual acometeu uma determinada tarefa. A

---

<sup>1009</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 340, referem o seguinte exemplo para ilustrar a diferença entre os §§ 278 e 831 do BGB: se o proprietário de um jardim solicita ao seu pessoal que proceda ao abate de uma árvore e, durante a tarefa, um terceiro é lesado com a utilização desleixada do machado, o *dominus* apenas responde pelo dano se tiver culpa, podendo, contudo, exonerar-se da presunção de culpa contida no § 831. Se se aplicar o § 278, pelos atos do executante, mandatado para fazer esse mesmo trabalho, teria o devedor de responder perante o proprietário do jardim. Cf. ainda RENATE SCHAUB, *Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 424.

<sup>1010</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2 – Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8.<sup>a</sup> edição, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995, p. 91, considera que o Direito delitual ficou *a meio caminho*, em relação ao Direito obrigacional, já que o agente apenas responde pelo seu próprio comportamento culposos.

<sup>1011</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 342.

<sup>1012</sup> Em Portugal, é atribuída relevância negativa à causa virtual na parte final do n.º 1 dos artigos 491.º e 492.º do CC. Sobre o tema, cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra editora, 1955, em especial as pp. 283 e seguintes.

*responsabilidade do principal é subjetiva e não objetiva, baseando-se numa presunção de culpa derivada da existência de danos causados a terceiros, donde resulta a consequente inversão do ónus da prova*<sup>1013</sup>.

A responsabilidade pelo § 831 assume assim uma configuração de garantia, perante o credor, de que será feita uma boa escolha, serão dadas as instruções adequadas e será realizada a devida vigilância do comissário<sup>1014</sup>. Assim, p.ex., um órgão de informação responde por um artigo escrito por um dos seus colaboradores, no qual este ofendeu um direito de personalidade de uma celebridade<sup>1015</sup>.

III. Em termos similares ao disposto na norma que o antecede, o § 832 BGB estabelece uma presunção de culpa em relação às pessoas que têm o dever, contratual ou legal, de vigiar pessoas, em razão da sua menoridade ou incapacidade mental, caso se verifique que estas causaram um dano a terceiro. Como salienta Westermann, enquanto no § 831 é importante que tenha sido o dono do negócio a ordenar ao comissário que executasse a tarefa, assim despoletando a sua responsabilidade, no § 832 o que acontece é que o agente negligenciou o dever de controlo ou supervisão que lhe era exigido por lei<sup>1016</sup>.

IV. Um dos problemas de aplicação do § 831 do BGB consiste no fato de não ser suficiente que se presuma a culpa do comitente para que este seja considerado responsável. Com efeito, para além da culpa, é necessário que se verifique a *idoneidade da culpa do comitente para causar o dano*, ou seja, que a negligência do comitente tenha sido, juntamente com a atuação do comissário, uma causa adequada para a produção do dano, ainda que também este juízo de

---

<sup>1013</sup> Assim, RENATE SCHAUB, *Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke*, ob. cit., p. 424. Cf. também FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 458.

<sup>1014</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 91.

<sup>1015</sup> O exemplo é de RENATE SCHAUB, *Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke*, ob. cit., p. 424.

<sup>1016</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 343.



causalidade seja presumido na disposição legal<sup>1017</sup>. Portanto, é essencial que exista uma conexão causal entre a culpa (presumida) e o dano<sup>1018</sup>.

Em consequência disso, o comitente pode exonerar-se da imputação se demonstrar que<sup>1019</sup>:

- a) Não houve culpa da sua parte,
- b) Ou que o dano se teria sempre produzido, já que, nessa hipótese, não há causalidade entre a sua negligência e a verificação do evento danoso<sup>1020</sup>.

V. A exoneração poderia, numa primeira perspectiva, corresponder a aplicar o conceito de culpa individual no âmbito de uma grande organização ou prova de exoneração descentralizada, nos termos da qual, numa organização grande, bastaria que o dono do negócio demonstrasse que escolheu e inspeccionou com cuidado o empregado dirigente, ao qual foi confiada a tarefa de escolher o pessoal e de o controlar<sup>1021</sup>. Segundo esta perspectiva, o comitente não responderia se aquele empregado dirigente tivesse culpa na escolha ou inspeção do restante pessoal<sup>1022</sup>.

Todavia, se assim fosse, o dono do negócio poderia facilmente exonerar-se, principalmente quando fosse titular de uma grande empresa, originando até diferenças de tratamento em relação às empresas de menor dimensão<sup>1023</sup>. Por isso, a jurisprudência alemã desenvolveu o já mencionado *dever de organização* e conseqüente *culpa na organização*, com vista a obrigar o empresário a tomar as

---

<sup>1017</sup> Neste sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 459.

<sup>1018</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 342.

<sup>1019</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 342, salienta que se trata de uma presunção de culpa indireta, com base na ideia de que o dono do negócio aciona uma cadeia de causalidade, que leva ao dano, quando ordena ao auxiliar para proceder a uma atividade e não o fiscaliza de forma adequada, havendo assim uma espécie de responsabilidade por culpa indireta (*mittelbares Handeln*).

<sup>1020</sup> Assim, no exemplo de HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 342, se o agricultor G envia o pouco adequado H com o trator à cidade, porque o seu funcionário adoeceu de repente, e se no percurso uma rajada súbita de vento derruba uma árvore que provoca um acidente, não se aplica o § 831. Com efeito, nem um condutor muito experiente poderia evitar o dano.

<sup>1021</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., pp. 342 e 343.

<sup>1022</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 343.

<sup>1023</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 343.

medidas necessárias e adequadas ao bom funcionamento da empresa, sob pena de, assim não acontecendo, a própria empresa responder, ao abrigo § 823 BGB, ou seja, por culpa própria<sup>1024</sup>. Tratando-se de incumprimento obrigacional, poderá ser ainda aplicável o § 278 BGB.

VI. O § 831 BGB é uma das normas ditas *problemáticas* do regime de responsabilidade delitual alemão, devido à exigência de culpa do principal, dele decorrendo inúmeras limitações de aplicação. Esta situação demonstra que o sistema de responsabilidade delitual alemão em geral é *claramente inapropriado*, o que conduziu a algumas necessidades criativas por parte dos tribunais, através do tendencial alargamento da responsabilidade contratual a certos casos que, à partida, poderiam ser caracterizados como imputações delituais<sup>1025</sup>.

Com efeito, no que concerne ao regime de responsabilidade delitual, enquanto a responsabilidade obrigacional assenta numa cláusula geral, constante do § 276 BGB, o mesmo não se verifica no âmbito delitual, onde se encontram apenas:

- a) O § 823/1 BGB, referente à violação de direito de personalidade, direito real ou semelhante;
- b) O § 823/2 BGB, referente à violação de norma destinada a proteger outrem;
- c) O § 826 BGB, referente à causação de danos a outrem por meio de uma conduta dolosa que atenta contra os bons costumes<sup>1026</sup>.

A tudo isto acresce que, enquanto em sede obrigacional o devedor responde, de forma objetiva, pelos atos dos auxiliares (§ 278), no âmbito delitual

---

<sup>1024</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 343, sublinhando que, deste ponto de vista, a responsabilidade pelo § 31 equivale à do § 831 BGB.

<sup>1025</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 73.

<sup>1026</sup> De que constitui exemplo o caso da responsabilidade dos sócios pelo aniquilamento da existência de uma sociedade, em que, devido ao abuso do direito em que estes se constituem, ocorre uma situação de responsabilidade perante os credores sociais (*Existenzvernichtung*). Sobre o tema, cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II – Das Sociedades, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 181 e seguintes.

o comitente apenas responde por culpa *in eligendo*, a qual se presume mas pode ser afastada (§ 831)<sup>1027</sup>.

VII. O caso mais famoso que assinala as insuficiências do regime de responsabilidade delitual alemão é o do linóleo, ocorrido em 1911 (*linoleum case*): o lesado dirigiu-se a uma loja com pretensão de comprar linóleo e estava a analisar algumas amostras quando foi atingido por dois rolos, que tinham sido descuidadamente arrumados pelo funcionário, tendo exigido o pagamento da indemnização ao proprietário da loja<sup>1028</sup>.

O tribunal considerou que havia responsabilidade pré-contratual, por culpa *in contrahendo*, não obstante nenhum contrato haver sido celebrado, por entender que a partir do momento em que as partes se envolvem em negociações já existe uma relação preparatória contratual<sup>1029</sup>. Assim, aplicou o § 278 BGB, imputando os danos ao proprietário da loja, considerando que não era necessário haver, da parte deste, qualquer culpa, afirmando assim a sua responsabilidade a título objetivo.

Analizando precisamente esta evolução da jurisprudência germânica, Zimmermann parece discordar deste alargamento da responsabilidade contratual. No caso do linóleo, argumenta que o cliente estava acompanhado por uma criança, a qual ficou igualmente ferida, não obstante a indemnização solicitada não abranger os danos da criança. Sugere que, se assim não fosse, teria sido necessário alargar ainda mais os limites da responsabilidade

---

<sup>1027</sup> Assim também EDUARD PICKER, *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme*, em *Juristen Zeitung*, Ano 42, N.º 22, 1987, pp. 1041 e seguintes. Na p. 1041, o Autor sublinha que enquanto o § 831 admite o afastamento da responsabilidade, no § 278 do BGB o devedor assume como que uma *garantia* pela atuação dos seus auxiliares.

<sup>1028</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 74. Referindo o caso, cf. também o artigo de EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual: o § 311*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 875 e seguintes.

<sup>1029</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 74. Sobre a questão da culpa *in contrahendo* na conclusão de um negócio por representante, cf. KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 151. Band, 1950/1951, pp. 501 e seguintes.

contratual<sup>1030</sup>, donde resultaria a insuficiência ou a inadequação deste mesmo alargamento.

VIII. Segundo Menezes Cordeiro, a tese sufragada pela jurisprudência alemã para solucionar o caso do linóleo seria desnecessária no Direito Português: o sucedido não apresenta relação com o contrato que poderia vir a ser celebrado, situando-se apenas no domínio delitual<sup>1031</sup>. Assinala este Autor que, à luz das particularidades do sistema alemão, “*entende-se o caso do linóleo: o RG teve de julgar violados deveres específicos de cuidado para, nos termos do § 278 BGB, poder responsabilizar o proprietário do estabelecimento; se se quedasse pela responsabilidade delitual, este exonerar-se-ia, provando que pusera a diligência requerida na escolha do empregado*”, donde se pode concluir que os deveres de proteção, tal como configurados, se destinam a “*suprir as deficiências do Direito delitual alemão*”<sup>1032 1033</sup>. Deficiências estas que<sup>1034</sup>, no ordenamento português, inexistem<sup>1035 1036</sup>.

---

<sup>1030</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., pp. 74 e 75.

<sup>1031</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 636.

<sup>1032</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 637.

<sup>1033</sup> Cf. também RENATE SCHAUB, *Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke*, ob. cit., p. 425.

<sup>1034</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, em *Scientia Iuridica*, Setembro-Dezembro, 2003, Tomo LII, N.º 297, p. 507, salienta as duas diferenças principais entre os §§ 278 e 831 do BGB: em primeiro lugar, o fato de o § 278 conter uma imputação objetiva, o que contrasta com a presunção de culpa do § 831. Por outro lado, o fato de no § 831 ser necessária uma relação de comissão, com dependência do comissário, característica esta ausente do § 278.

<sup>1035</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., pp. 636 e 637, sublinhando a existência de uma cláusula geral quer no âmbito delitual (artigo 483.º CC), quer no obrigacional (artigo 798.º CC), bem como a responsabilidade objetiva do comitente, nos termos do artigo 500.º CC.

<sup>1036</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 727, referem o caso da responsabilidade própria de representantes e de auxiliares nas negociações, baseada no § 311/III 2 do BGB, que é um dos exemplos do desenvolvimento doutrinário com vista a suprir aquelas deficiências.

IX. Um outro caso foi o decidido pelo BGH em 10 de junho de 1964, onde se analisou a seguinte situação<sup>1037 1038</sup>: o Autor pretendia vender um prédio e receber uma renda e, para esse efeito, contratou um agente imobiliário, que tinha por função encontrar interessados no negócio. O agente suspendeu o trabalho e foi substituído pelo seu irmão, que dirigia uma filial da agência imobiliária e que foi considerado pelo tribunal como sendo um *auxiliar* daquele. O auxiliar encontrou um interessado, tendo promovido o negócio, no âmbito do qual se desistiu, por razão desconhecida, de uma garantia real a favor do proprietário. Entretanto, o comprador onerou o prédio com uma dívida fundiária<sup>1039</sup> e deixou de cumprir perante o proprietário, o qual enveredou pela resolução do contrato e pelo acionamento, tanto do agente, como do seu irmão e *auxiliar*, pelos danos sofridos, invocando como fundamento a inexperiência deste último.

De acordo com o BGH, o agente deveria responder, mas não o auxiliar, muito embora a violação do dever tivesse sido cometida por este último. Segundo o BGH, enquanto a nível da culpa *in contrahendo* se pode encontrar uma responsabilidade autónoma do auxiliar, o mesmo não se verifica em caso de violação positiva do contrato, em que, por já existir uma relação obrigacional, apenas o devedor deveria ser chamado a responder. Assim, o princípio segundo o qual o auxiliar responde, diretamente, perante o credor, por culpa nas negociações contratuais, quando haja um interesse próprio seu,

---

<sup>1037</sup> BGH 10.06.1964, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 43, p. 2009. Cf. também CLAUS-WILHELM CANARIS, *Haftung Dritter aus positive Forderungsverletzung*, em *Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung*, 1965, Heft 5 (A), p. 114.

<sup>1038</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., pp. 634 e seguintes.

<sup>1039</sup> Acerca da *dívida fundiária*, prevista nos §§ 1.191 e seguintes do BGB, cf.: EKKEHARD BECKER-EBERHARD, *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1993, pp. 266 e 267, onde afirma que esta hipoteca não serve como garantia de um crédito e também não se considera um direito de garantia, destinando-se apenas a ocupar o respectivo escalão; MANFRED WOLF, *Sachenrecht*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2007, p. 411; CARLOS MELON INFANTE, *Código Civil Aleman (BGB)*, Barcelona, Bosch, 1955, p. 250; WOLFGANG MINCKE, *Die Akzessorietät des Pfandrechts. Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, Berlim, Duncker & Humblot, 1987, pp. 16 e 24; RAMÓN M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1942, pp. 14 e 15; BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Madrid, Fundación Registral, 2008, p. 160; MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca. Caracterização, constituição e efeitos*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 89.

não se pode aplicar correspondentemente ou analogicamente ao auxiliar em caso de violação positiv do contrato<sup>1040</sup>.

Criticando o entendimento adotado pelo tribunal neste caso, Menezes Cordeiro considera que o mesmo é arbitrário, pois se em vez de um contrato entre o proprietário e a agência tivesse havido apenas contatos preliminares, nesse caso o auxiliar já poderia, através daquela tese, ser autonomamente responsabilizado<sup>1041</sup>. Donde seríamos obrigados a concluir que a celebração do contrato degrada a proteção da parte, o que seria incoerente com os termos obrigacionais<sup>1042</sup>.

Procurando ultrapassar as deficiências desta solução, Canaris propôs a *teoria dos deveres unitários de proteção*<sup>1043</sup>, defendendo que desde o início das negociações se constituía, entre os intervenientes, um dever específico de proteção da contraparte, assente na boa fé<sup>1044</sup>. Porém, atualmente, este Autor considera que, no que se refere à violação dos deveres de proteção, deve ser adotada uma posição intermédia entre o direito contratual e o direito delitual,

---

<sup>1040</sup> Assim, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 43, p. 2009. Um dos argumentos é que aqui está em causa não a violação da confiança, mas sim a violação do próprio dever contratual, isto é, ao nível da execução. Por isso, só o devedor responde contratualmente, e não também o seu auxiliar.

<sup>1041</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 635.

<sup>1042</sup> KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, ob. cit., pp. 501 e seguintes. O Autor salienta que, de acordo com o BGH, a responsabilidade do representante só tem razão de ser quando este tivesse, pessoalmente, um interesse económico na celebração do negócio. Assinala ainda, na página 503, uma certa incoerência no fato de, nas negociações prévias, as partes ainda não estarem obrigadas, não havendo ainda um negócio jurídico, mas, ao mesmo tempo, o fato de haver negociações já representar para elas uma certa obrigação.

<sup>1043</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, em *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April. 1983*, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1983, p. 107, afirma que não existe uma responsabilidade pela confiança em qualquer situação em que se verifique um contato social, mas apenas no âmbito do negócio jurídico. Isso explica que a responsabilidade mais rigorosa do devedor pelos atos dos seus auxiliares, prevista no § 278 BGB, se justifique apenas no caso da existência da obrigação. O Autor defende ainda a aplicação dos §§ 842 a 846 do BGB em caso de violação dos deveres de proteção (cf. Autor e ob. cit., p. 108). Considera ainda que a regra de prescrição aplicável à violação de deveres de proteção é a que consta do § 852 e não a do § 195 do BGB.

<sup>1044</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 636, assinala a desnecessidade desta tese no ordenamento jurídico português.

aplicando por vezes normas obrigacionais e, noutros casos, delituais, o que só pode ser aferido caso a caso<sup>1045</sup>.

Por sua vez, alguns Autores – como Esser / Schmidt – consideram que, em caso de violação de deveres de proteção por parte do representante legal, apenas este último responde, não respondendo por ele também o devedor, pelo § 278, entendimento este que no entanto não é unânime<sup>1046 1047</sup>. Com efeito, parece que a culpa do representante legal na inobservância dos deveres de proteção deverá, de igual modo, ser imputada ao devedor, até porque, na maioria das vezes, o representante legal não conseguirá, na prática, ressarcir os danos causados<sup>1048</sup>. Contudo, nalguns casos, o BGH já considerou que o representante legal responde, ao lado do devedor, pela violação da confiança do credor<sup>1049</sup>.

Perante este problema, tem a doutrina alemã considerado que, se uma declaração de vontade for inexatamente transmitida por uma pessoa ou instituição utilizada para esse efeito, pode ser invocada a sua nulidade, mas o declarante é responsável pelos danos causados à outra parte que tenha acreditado na sua validade.

X. No caso decidido pelo BGH em 1965 analisou-se a seguinte situação: o devedor, um comerciante campestre, com uma loja que vendia tudo, vendeu uma determinada mercadoria. O cliente foi atingido na cabeça por uma tábua, quando estava a sair da loja. Verificou-se que o reformado R tinha deitado fora

---

<sup>1045</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, ob. cit., pp. 109 e 110. O Autor considera, p.ex., que a violação dos deveres de proteção de Direito Internacional deveria dar azo à aplicação do direito delitual, mas defende, também, a aplicação do § 278 do BGB.

<sup>1046</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

<sup>1047</sup> Contra, KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, ob. cit., pp. 520 e 521.

<sup>1048</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

<sup>1049</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

a tábua, através de um buraco no sótão, sendo que o devedor, proprietário da loja, havia dado ordens a R para este levar as tábuas, guardadas no sótão, para o pátio.

Para o BGH, é claro que o vendedor assumia também perante o comprador certos deveres de proteção, desde logo o de providenciar um acesso, sem riscos, à loja. Terá sido no cumprimento deste dever que o devedor introduziu um auxiliar, R, com o que se criou a oportunidade de lesar o credor. Para o BGH, o § 278 do BGB é de aplicar porque, se tivesse sido o próprio devedor a realizar o trabalho incorretamente, ele responderia em termos contratuais, por violação positiva do contrato<sup>1050</sup>.

Em crítica, Kupisch considera que estava em causa um dever geral, de não lesar outrem, e não um dever contratual específico<sup>1051</sup>. Contudo, devido às desvantagens decorrentes da aplicação do § 831 do BGB, foi preciso recorrer a uma presunção de deveres especiais de proteção, no âmbito do contrato, que torna compreensível a aplicação do § 278 do BGB<sup>1052</sup>. O resultado – a aplicação do § 278 do BGB – é justo e conforme ao sistema, segundo este Autor<sup>1053</sup>.

XI. Num outro caso muito debatido pela doutrina alemã, um trabalhador recebeu ordem de mudança de local de trabalho, tendo sido deslocado para outra cidade juntamente com a sua família, onde o empregador o instalou num apartamento. Acontece que a filha do trabalhador contraiu tuberculose porque o referido apartamento não fora desinfetado, apesar de o anterior habitante sofrer de uma doença pulmonar. O tribunal entendeu que ocorrera uma omissão por parte do médico do empregador – seu *auxiliar*, médico este que

---

<sup>1050</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 822.

<sup>1051</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 822.

<sup>1052</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 822, onde salientou também o problema do prazo de prescrição, já que o prazo de prescrição delitual era de três anos, sendo o prazo de prescrição obrigacional de trinta anos. O Autor chega a dizer que a teoria dos deveres de proteção *parece magia*, porque deles emerge a responsabilidade quer perante o próprio credor, que em relação a este por danos causados a terceiros que se encontram numa relação especial com o credor (p.ex., a filha menor que acompanha o comprador).

<sup>1053</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 823.



tratara aquele doente e que deveria ter providenciado pela desinfecção do apartamento antes da ocupação pelo novo trabalhador.

Em tribunal, o empregador logrou demonstrar que atuara com a diligência devida na escolha, instruções e vigilância do médico, não podendo assim ser responsabilizado do ponto de vista delitual pelo § 831 BGB. Por outro lado, foi liminarmente rejeitada a possibilidade de responsabilidade contratual do empregador perante a filha do trabalhador, lesada, uma vez que esta era terceiro no contrato de trabalho.

Apesar destes obstáculos, o tribunal considerou que aquele que proporciona o gozo de uma habitação a outrem tem *deveres de proteção*, não apenas para com o arrendatário, como igualmente para todos os que com ele habitam, pois, de outro modo, estes não poderiam exigir responsabilidades, a nível delitual, contra aquele. Nesta linha de raciocínio, concluiu que os deveres contratuais assumidos pelo empregador teriam de abranger, igualmente, a família do trabalhador, nos termos dos §§ 278 e 538 BGB.

Na opinião de Zimmermann, estes dois casos ilustram que o tribunal estava disposto a um *alargamento voluntário da responsabilidade contratual*<sup>1054</sup>, o que se mostrava necessário para ultrapassar as dificuldades emanadas do § 831 BGB, designadamente sempre que o principal procedesse à elisão da presunção legal de culpa da sua parte.

XII. A tendência para o alargamento da responsabilidade obrigacional não é exclusiva na relação entre os §§ 278 e 831 do BGB<sup>1055</sup>, podendo também ser encontrada noutros domínios, em especial no âmbito da responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. A este propósito, o § 676 do BGB estabelece que, em princípio, não há responsabilidade por informações dadas com negligência, a menos que o prestador da informação tenha, contratualmente, assumido a obrigação de informar. Isto levou a que os

---

<sup>1054</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 76.

<sup>1055</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 205, nota 429, sublinha que “A estreiteza com que o direito delitual alemão configura a responsabilidade do comitente é frequentemente tida como a verdadeira responsável pela criação e larga admissibilidade dos deveres de protecção”.

tribunais alemães tenham seguido o caminho da responsabilidade obrigacional, procurando impor ao agente um dever de responder por uma informação negligente, ainda que por vezes a vinculação obrigacional tenha sido encontrada de forma tácita ou mesmo com recurso a ficções de declarações de vontade<sup>1056</sup>.

A este respeito, afirma, entre nós, Sinde Monteiro: *“Característico do direito alemão é portanto a dificuldade de aperfeiçoar a responsabilidade por informações no terreno do delito e a correspondente necessidade de colocação das questões em sede de responsabilidade contratual ou quase-contratual”*<sup>1057</sup>.

O Autor assinala que já antes da entrada em vigor do BGB, a jurisprudência alemã admitia que uma ligação negocial poderia dar origem a uma relação de confiança especial entre as partes, pela qual estas estariam obrigadas ao *cuidado exigível no tráfico* em relação à contraparte, sendo a sua responsabilidade pelo incumprimento de tal dever uma responsabilidade obrigacional<sup>1058</sup>.

XIII. Sobre este tema, importa atentar no seguinte caso, apreciado pelo RG<sup>1059</sup>: um banco deu um conselho de investimento a um cliente, o qual veio a revelar-se infrutuoso. De acordo com o tribunal, o banco deveria ter atuado com a diligência de um comerciante normal, atendendo à específica relação já existente entre as partes. Assim, uma vez que não se tratava da primeira vez em que o cliente realizava aquele tipo de negócio com o banco, haveria que considerar que os efeitos jurídicos de um conselho prestado pelo comissário ao comitente deveriam ser tratados no âmbito do contrato de comissão, aplicando-se, nesta ótica, o respetivo regime previsto no Código Comercial.

---

<sup>1056</sup> Neste sentido, cf. JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 36.

<sup>1057</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 36.

<sup>1058</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 55.

<sup>1059</sup> Referido em JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 55 e seguintes.

O tribunal considerou que, pese embora na ausência de um dever primário de prestação, o banco – e, através dele, os seus funcionários – têm o dever de dar conselhos e informações com o cuidado exigível, sob pena de obrigação de indemnizar, pelo menos “*quando a informação tenha uma conexão interna com a relação negocial existente*”<sup>1060</sup>.

Porém, note-se que, neste tipo de casos, existe uma relação obrigacional, sendo possível ou mostrando-se pelo menos viável fazer surgir daí deveres obrigacionais a nível de deveres de informação. Contudo, noutros casos, a jurisprudência alemã também já considerou haver responsabilidade obrigacional, com recurso a uma mera *ficção contratual*<sup>1061</sup>.

XIV. No caso decidido pelo BGH 12.07.1977<sup>1062</sup>, foi analisada a seguinte situação: um banco de negócios de Berlim, com diversas filiais, tinha O como gerente da filial T. Este gerente O ofereceu a um dos seus clientes de longa data, H (pai da requerente), um depósito a prazo com juros de 10%, a contabilizar numa conta interna do banco (contra *pro diverse*). Na base deste acordo, em julho de 1967, H entregou a O 20.000 marcos alemães, e, em janeiro de 1969, 18.500 marcos alemães, com vista à constituição de tal aplicação. O entregou ao cliente *confirmações de entrada* dos montantes recebidos, tendo falsificado o saldo anual, contudo, não entregou o dinheiro recebido ao banco, consubstanciando uma situação de desvio de fundos. Na sequência disso, os requerentes exigiram ao banco os valores entregues e os respetivos juros prometidos, no valor de 31.500 marcos alemães, e, a título subsidiário, pediram indemnização a O, pelo seu comportamento fraudulento. O tribunal de primeira instância deu razão aos autores, mas o Tribunal Regional de Grande Instância rejeitou-a e devolveu os autos à instância anterior.

---

<sup>1060</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 57. O Autor salienta que um dos principais âmbitos de aplicação desta responsabilidade são as informações dadas por bancos a clientes em sede de investimentos em títulos de crédito, ou sobre letras ou cheques.

<sup>1061</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 59 e seguintes.

<sup>1062</sup> Disponível em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., pp. 2259-2261.

Na sua fundamentação, o tribunal afastou a responsabilidade obrigacional do banco com base em informações erradas, salientando aliás que nem sequer os requerentes invocavam esse fundamento<sup>1063</sup>. Mas excluiu também a responsabilidade delitual do banco pelo comportamento do seu gerente, por considerar que O não agiu enquanto representante, na aceção dos §§ 30 e 31 BGB. Assim, afirmou que não existia uma culpa própria do banco por má ou insuficiente organização ou por violação dos deveres de escolha e de supervisão de O, concluindo pela *não condenação do banco*. De referir que um dos principais argumentos para o tribunal rejeitar aqui a existência de responsabilidade contratual foi o fato de a iniciativa do negócio ter sido do próprio gerente, e não dos clientes, que o tivessem procurado para fazer investimentos.

Contudo, parece-nos que, mesmo tendo a situação ocorrido devido a iniciativa do gerente, o banco poderia responder, por culpa *in contrahendo*, pela violação de deveres de informação<sup>1064</sup>.

Por outro lado, existindo deveres de acompanhamento e de cuidado em relação às aplicações, parece também que o banco deveria ser chamado a responder em termos obrigacionais, pelo § 278 BGB, atendendo ao dever de tratamento correto dos clientes que sobre este impende, mesmo tratando-se da primeira aplicação financeira destes<sup>1065</sup>. Assim, o fato de o gerente se ter apropriado do dinheiro em seu próprio benefício não impede que se entenda que atuou no cumprimento dos deveres de acompanhamento dos clientes, deveres esses do próprio banco, sendo auxiliar deste. E será deste modo mesmo que se tenha em consideração que o gerente não estava autorizado a constituir aquele tipo de contas de depósito a prazo, já que também um abuso de funções pertence ao risco do pessoal, a imputar ao devedor<sup>1066</sup>.

Outra hipótese seria a responsabilização do banco pelos §§ 30 e 31 do BGB, por se tratar de um dirigente ou *representante especial*<sup>1067 1068</sup>. Contudo,

---

<sup>1063</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2259.

<sup>1064</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2259.

<sup>1065</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2259.

<sup>1066</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2259.

<sup>1067</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2260.

segundo o Tribunal de Berlim, O não pertencia à direção e não ocupava o lugar de um representante especial, na aceção do § 30 BGB, pelo que não haveria também responsabilidade por esta via. Com efeito, o que releva, para aplicar os §§ 30 e 31 do BGB, é que em termos de relações externas, a pessoa surja como um representante especial da pessoa coletiva, atuando com independência e responsabilidade semelhante à da direção: releva assim a aparência de direção perante terceiros, mesmo que em termos de relação interna tal não se verifique<sup>1069</sup>.

Afigura-se então correta a decisão inicial do Tribunal de Berlim: por um lado, porque o gerente pode ser considerado um representante especial, na aceção ampla, que tem sido atribuída aos §§ 30 e 31 do BGB; por outro lado, porque atuou como auxiliar do banco, nos termos do § 278 do BGB, já que uma das suas tarefas consistia em tratar das aplicações e incentivar os clientes a investir<sup>1070</sup>.

Contudo, parece que apenas haverá lugar à restituição das quantias entregues – interesse de confiança dos requerentes – e não ao pagamento dos juros, que corresponderia ao interesse de cumprimento<sup>1071</sup>. Além disso, pode haver lugar a uma redução da indemnização, por eventual culpa do lesado, nos termos do § 254 BGB.

XV. Uma outra via para ultrapassar as limitações do § 831 BGB revelou-se por meio da procura de soluções que impedissem a irresponsabilidade dos grandes empresários, que atuassem sem culpa própria, desde que fosse demonstrada a existência de uma atuação culposa por parte dos seus subordinados. Corresponde esta orientação à ideia da existência de um *dever de organização* sobre o empresário, nos termos do qual lhe competiria estabelecer as

---

<sup>1068</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 91.

<sup>1069</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2260.

<sup>1070</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2261.

<sup>1071</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, ob. cit., p. 2261.

medidas adequadas para assegurar um correto funcionamento da sua empresa<sup>1072</sup>.

Ora, segundo esta tese, a violação de tal dever originaria responsabilidade pessoal dos grandes empresários, nos termos do § 823 BGB, ou seja, de acordo com o regime comum da responsabilidade delitual, equivalente ao artigo 483.º, n.º 1, do CC. Por sua vez, em caso de pequenos empresários, seria já aplicável o § 831 BGB, ou, tratando-se de pessoa coletiva, o § 31 BGB.

Tal como sublinha Jordano Fraga, esta criação jurisprudencial resulta do simples fato de o § 831 BGB recorrer a uma presunção de culpa<sup>1073</sup>, o que levou ao aparecimento de soluções que evitassem a injustiça dos lesados, quando tal presunção não fosse aplicável ou fosse afastada pelo agente. Contudo, parece haver alguma insegurança na definição de grande ou pequeno empresário, sendo bastante díspar o regime aplicável a uns ou a outros, uma vez que enquanto num caso o empresário responde em termos absolutos, no § 831 pode ser afastada a sua presunção de culpa.

XVI. Para completar esta tendência, tem vindo a registar-se:

- a) Um aumento das exigências de prova quanto à possibilidade de elisão da presunção de culpa por parte do principal<sup>1074</sup>. Assim, considerando alguma facilidade da parte do principal em elidir a imputação pelo § 831 BGB, têm sido maiores as exigências ao nível da prova da ausência de culpa;
- b) O voluntário alargamento do âmbito de aplicação do § 31 BGB<sup>1075</sup>.

---

<sup>1072</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 371.

<sup>1073</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 371.

<sup>1074</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 461, referindo que tal praticamente transforma a imputação em objetiva.

<sup>1075</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, european law...*, ob. cit., p. 78.

XVII. O segundo parágrafo do § 831 BGB declara que *Na mesma responsabilidade incorre aquele que assume perante o dono do negócio / comitente por contrato uma das funções indicadas no primeiro parágrafo, segunda parte (escolher o comissário, fornecer-lhe instrumentos de trabalho, dar-lhe instruções ou vigiá-lo)*<sup>1076</sup>. Portanto, se alguém assumiu perante o principal a tarefa de escolher, instruir ou vigiar o comissário, e este, no exercício da sua função, causou dano a outrem, responde aquele que o escolheu, instruiu ou vigiou, com base em presunção de culpa.

XVIII. Na mesma linha, o § 833 BGB estabelece que, se uma pessoa falecer ou sofrer dano físico, ou se uma coisa for danificada, por um animal, a pessoa responsável pelo animal é obrigada a indemnizar<sup>1077</sup>.

Devido ao aparecimento de alguma contestação, em 1908 foi feita uma alteração a este regime, nos termos da qual a responsabilidade inexistia se o dano tiver sido causado por um animal doméstico que seja mantido para fins profissionais, contanto que a pessoa obrigada à sua vigilância haja exercido o cuidado necessário para prevenir esse dano<sup>1078</sup>.

O entendimento dado pelos tribunais a esta norma foi também aligeirado no que se refere aos animais ditos de luxo. Assim, durante muito tempo entendeu-se que o dono apenas seria responsável se o animal tivesse atuado de forma espontânea, arbitrária ou caprichosa<sup>1079</sup>. Atualmente, contudo, este entendimento tem vindo a ser contestado, com base na ideia de que os animais não têm domínio da vontade, não podendo assim agir arbitrariamente ou não. Deste modo, como realça Zimmermann, *"The specific risk associated with the keeping of animals lies in the utter unpredictability of their conduct"*<sup>1080</sup>.

---

<sup>1076</sup> A tradução é de PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 184, nota 137.

<sup>1077</sup> A tradução de REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1107, é a seguinte: *"If a person is killed, or the body or health of a person is injured, or a thing is damaged, by an animal, the person who keeps the animal is bound to compensate the injured party"*.

<sup>1078</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1117.

<sup>1079</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1117.

<sup>1080</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1117, excluindo assim da responsabilidade os casos em que o animal atua por reflexo ou em que a sua ação é totalmente dominada por um humano.

Entende-se, por fim, que o § 833 é aplicável a micro-organismos cultivados ou preservados em laboratório<sup>1081</sup>.

XIX. Um último aspeto relevante no Direito da responsabilidade civil alemão reside na circunstância de a reforma de 2001/2002<sup>1082</sup> ter adotado uma postura essencialmente protetora do consumidor, assente nas novas conceções de Direito europeu<sup>1083</sup>. Os principais pontos alterados foram os regimes da prescrição, perturbação das prestações, compra e venda, empreitada e mútuo<sup>1084</sup>. Neste âmbito, um dos aspetos fulcrais assentou no reforço do princípio da culpa, que surge agora totalmente diferenciada em relação à ilicitude.

### O regime de incumprimento da obrigação e o § 278 BGB

I. No Direito alemão, tal como se verifica no âmbito do Código Civil Português, vigora a relatividade das obrigações: de acordo com o § 241/I do BGB, da obrigação apenas derivam direitos e obrigações para as partes. Assim, só o credor tem o direito de exigir do devedor o cumprimento e apenas este se encontra obrigado a cumprir<sup>1085</sup>. Daí que a responsabilidade obrigacional,

---

<sup>1081</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1118.

<sup>1082</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., pp. 69 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, pp. 74 e seguintes.

<sup>1083</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, p. 116.

<sup>1084</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 70.

<sup>1085</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Haftung Dritter aus positive Forderungsverletzung*, ob. cit., pp. 114 e seguintes; DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 721; HEINRICH TITZE, *Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse*, Vierte Erweiterte Auflage, Berlim, Verlag von Julius Springer, 1932, pp. 43 e seguintes; FRITZ ZUNFT, *Erfüllungsgehilfen und vertrag zugunsten Dritten im Mietrecht*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 153 Band, 1954, pp. 373 e seguintes; HANS STEHLING, *Beiträge zur Lehre des § 278 B.G.B.*, Quakenbrück, 1931, pp. 13 e seguintes; MARTIN JOSEF SCHERMAIER, §§ 276-278, em MATHIAS SCHMOECKEL / JOACHIM RÜCKERT /



prevista no § 280 do BGB, pressuponha a existência de uma obrigação entre as partes. Na situação jurídica relativa que une o credor ao devedor, este último responde pela atuação dos seus auxiliares, isto é, pelas pessoas das quais se serve para o cumprimento, de acordo com o disposto no § 278/I do BGB<sup>1086</sup>. Por seu turno, o auxiliar, sendo terceiro na relação obrigacional, apenas responde perante o credor em caso de atuação ilícita, em termos delituais.

A responsabilidade ao abrigo do § 278 BGB pressupõe que o devedor possa, nos termos da sua obrigação, recorrer a auxiliares. Caso contrário, a sua responsabilidade será subjetiva e por fato próprio<sup>1087</sup>.

Por outro lado, diferencia-se claramente entre auxiliar e substituto, ao qual se aplica o disposto no § 664 do BGB, em que o devedor responde, mas por culpa própria, na escolha do substituto ou nas instruções dadas a este<sup>1088 1089</sup>.

II. O § 275 BGB determina que o devedor é liberado se se verificar um evento que torne impossível a realização da prestação<sup>1090</sup>, desde que este não tenha surgido por culpa sua<sup>1091</sup>. Deste modo, não havendo culpa do devedor mas antes de um terceiro, a obrigação extinguir-se-ia, caso não houvesse a norma consagrada no § 278 BGB, a qual constitui assim uma exceção ao §

---

REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1063 e seguintes.

<sup>1086</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

<sup>1087</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 233.

<sup>1088</sup> Assim, EWALD METZLER, *Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 159. Band, I. Heft, 1960, pp. 144 e seguintes. No entanto, o Autor parece considerar que o auxiliar é sempre *dependente* do devedor, sendo, em contrapartida, o substituto sempre dele *independente*.

<sup>1089</sup> Assim também DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 282.

<sup>1090</sup> Evento esse que deverá surgir em momento posterior à válida constituição do contrato, caso contrário o contrato seria nulo.

<sup>1091</sup> Sobre o tema no âmbito específico da compra e venda, cf. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1. Halbband, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986, pp. 32 e seguintes.

275<sup>1092</sup>. No entanto, este regime apenas se aplica em caso de impossibilidade superveniente<sup>1093</sup>.

III. Em contraste com a presunção de culpa contida do § 831 BGB<sup>1094</sup>, o homólogo alemão em sede de responsabilidade contratual assenta num regime de responsabilidade objetiva<sup>1095</sup>. Assim:

- a) O devedor responde pela atuação dos seus auxiliares, não se podendo exonerar pela demonstração de que não teve culpa<sup>1096 1097</sup>;
- b) O § 278 do BGB não põe em causa a responsabilidade do próprio auxiliar<sup>1098</sup>.

O § 278 BGB tem, como Westermann assinala, a natureza de *soma de Tatbestaende da responsabilidade*, donde resulte que o auxiliar *viola* um dever que não o atinge a ele mesmo, mas antes ao devedor, pelo que é este último quem responde por tal situação. Assim, o auxiliar só é responsável, por si só, caso, com a sua conduta, viole um dever geral, dando tal origem à sua própria responsabilidade delitual<sup>1099</sup>.

---

<sup>1092</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 276, afirmando que se trata de “un cas où le débiteur répond, contrairement au droit commun, de l'impossibilité non fautive d'exécution”.

<sup>1093</sup> No âmbito do contrato de compra e venda, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1. Halbband, ob. cit., p. 33, considera que o vendedor responde pela impossibilidade jurídica inicial, independentemente de culpa própria ou de culpa de um seu auxiliar, exceto quando o comprador tivesse conhecimento do vício.

<sup>1094</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Auflage, Leinen, C. H. BECK, 2012, anotação ao § 278, ponto 1. O Autor salienta a diferença do § 278 do BGB em relação ao § 839 do BGB e ao artigo 34.º da Constituição

<sup>1095</sup> O contrato é considerado, juntamente com o delito, a principal fonte de uma obrigação no Direito Alemão. Neste sentido, cf. M. H. G. LESER, *L'évolution du contrat n Droit Allemand avec un bref aperçu du Droit Anglais*, em *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 73.

<sup>1096</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 2; ERNST VON CAEMMERER, *Verschulden von Erfüllungsgehilfen*, em *Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, VVW, 2004, pp. 33 e seguintes.

<sup>1097</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 890, em crítica à opção do legislador, por considerar que o tratamento diverso de dois temas tão próximos não se justifica. Pelo contrário, considera que a imputação pelo risco, em caso de ato ilícito, se justificaria de igual modo.

<sup>1098</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891.

<sup>1099</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 385.

Destarte, o § 278 BGB determina a responsabilidade do devedor pelo fato culposo da pessoa que ele emprega no cumprimento da sua obrigação<sup>1100</sup>, como se fosse ele próprio o culpado<sup>1101</sup>, com base na ideia de que, se alguém se obrigou contratualmente, deve sempre agir com a diligência necessária<sup>1102</sup>, quer se trate do próprio, quer de outrem no seu lugar<sup>1103 1104 1105</sup>. Trata-se, por isso, de uma *responsabilidade por garantia*, assente na divisão de trabalho e na ideia de que o devedor beneficia com o recurso ao auxiliar<sup>1106</sup>. Além disso, a solução legal não é alheia ao fato de o auxiliar não ser, por via de regra, solvente, sendo de considerar que o credor depositou a sua confiança no devedor, razão pela qual deve ser este a responder pela atuação daquele<sup>1107</sup>.

De referir ainda o seguinte:

- a) O § 293 BGB determina também a aplicação do § 278 BGB à situação de mora do credor, o que significa que o credor suporta as consequências da recusa injustificada da prestação por parte dos auxiliares a quem incumbiu de tal tarefa, com base na ideia de que se equipara à impossibilidade superveniente da prestação por culpa do

---

<sup>1100</sup> Em especial sobre o tema, cf. WERNER SUNDERMANN, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 191, 1991, pp. 462 e seguintes; BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, em *Juristische Schulung*, Heft 11, 1983, pp. 817-825.

<sup>1101</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 274, realiza a seguinte tradução: "Le débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal et de celle des personnes dont il se sert pour l'exécution de son engagement, dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle."

<sup>1102</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, Barcelona, Bosch, 1933, p. 229, afirma que "Si el deudor debe una prestación propia, debe una prestación propia diligente. Si debe la prestación de un tercero, debe la prestación diligente de éste (...) Pero el que, como ocurre corrientemente, debe una prestación que debe hacerse por una persona no determinada previamente, responde de la prestación diligente de aquel mediante el cual realizará la prestación."

<sup>1103</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, ob. cit., p. 1125, nota 222: "... thus, if he chooses to employ another person in performing his obligation, he is liable for that person's fault".

<sup>1104</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 1.

<sup>1105</sup> MARTIN JOSEF SCHERMAIER, §§ 276-278, em MATHIAS SCHMOECKEL / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: §§ 241-304, ob. cit., pp. 1164 e 1165, acentuando que o devedor e o seu auxiliar formam como que uma unidade (*weil beide eine «Zurechnungseinheit» bilden*).

<sup>1106</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 3.

<sup>1107</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 3.

credor a impossibilidade superveniente por culpa dos auxiliares do credor<sup>1108</sup>.

- b) O § 351 BGB é igualmente aplicável ao caso previsto no § 278 BGB, donde resulta que o direito de resolução do contrato é excluído quando haja impossibilidade culposa de restituição da coisa, não por culpa pessoal, mas por culpa de um seu auxiliar<sup>1109</sup>.

Saliente-se também que o § 278/II do BGB possibilita às partes a exclusão da responsabilidade, mesmo em caso de dolo do auxiliar<sup>1110</sup>.

Quanto à fundamentação da responsabilidade do devedor pelos atos do seu auxiliar, cumpre notar, com Schmidt, que esta se assume em termos óbvios e irrefutáveis. Assim, a responsabilidade é de tal modo evidente que os autores do BGB apenas a mencionaram, sem mais explicações, no § 278, para que este ficasse completo<sup>1111</sup>.

Segundo Eike Schmidt, a lei baseia-se, desde logo, na consideração de que o devedor que se serve do auxílio de outrem para a execução de um trabalho, atua no seu interesse e, por isso, deve responder. Em contrapartida, não deve correr por conta do credor o risco de uma responsabilidade associada à divisão do trabalho, que beneficia o próprio devedor<sup>1112</sup>.

Para este Autor, é claro que o § 278 BGB se aplica exclusivamente no campo obrigacional, isto é, quando esteja em causa a execução da obrigação. Ao invés, as pretensas violações do dever de proteção - *Schutzpflichtverletzungen* -

---

<sup>1108</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 102 e 103.

<sup>1109</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 100.

<sup>1110</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

<sup>1111</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 503.

<sup>1112</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 502: “Der Gläubiger der dem Schuldner den Einsatz von Hilfspersonen gestattet soll nicht das Risiko tragen müssen, das mit einer solchen Arbeitsteilung notwendig verknüpft ist.”.

não se incluem na previsão deste artigo, pelo menos não de forma direta<sup>1113</sup>. Veremos no entanto esta questão com mais pormenor adiante<sup>1114</sup>.

IV. Decorre do disposto no § 278 BGB que a possibilidade de o devedor utilizar terceiros para o cumprimento da sua obrigação é compensada com a imputação de responsabilidade pela introdução de terceiros no cumprimento<sup>1115</sup>. Este é o chamado *lado negro* ou inconveniente do sistema de divisão de trabalho a que o devedor recorre, havendo como que uma garantia, por parte do devedor, de um comportamento correto das pessoas às quais recorre para executar a obrigação<sup>1116</sup>.

Ao estabelecer que o parâmetro de diligência exigível ao auxiliar é o mesmo que é exigido ao devedor, esta disposição acolheu o entendimento predominante no Congresso de Juristas Alemães de 1884, e, nomeadamente, a orientação defendida por Enneccerus<sup>1117</sup>.

Porém, a responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares não se confunde com outras normas previstas no BGB, que também contemplam a intervenção de terceiros na obrigação, como é o caso do § 120 (mensageiros ou emissários de declarações negociais) e dos §§ 164 e seguintes (representantes)<sup>1118</sup>.

---

<sup>1113</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 503.

<sup>1114</sup> Diferentemente, p.ex. PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 448.

<sup>1115</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 382.

<sup>1116</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 91.

<sup>1117</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 230, nota 4, critica o entendimento de Windscheid, considerando que quando o devedor, p.ex. um empreiteiro, se obriga a construir uma casa, ele não se obriga somente (como entenderia Windscheid) a conseguir que outros construam, “*sino que promete realizar la propia construcción de la casa por medio de otros (...); dicho de otro modo: la ordenada y diligente construcción de la casa utilizando los servicios de otros.*”.

<sup>1118</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, em *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 20/2012, p. 721. Os Autores salientam ainda que: (i) a situação jurídica do credor pode ser cedida a terceiro (§§ 398 e seguintes); (ii) a obrigação pode ser assumida por um terceiro (§§ 414 e seguintes); (iii) a prestação pode ser determinada por terceiro (§§ 317 e seguintes); (iv) a prestação pode ser realizada por terceiro (§ 267); (v) a prestação pode ser feita a um terceiro (§§ 362/II e 185/I); (vi) da obrigação podem derivar direitos para um terceiro (§ 328); (vii) um terceiro pode responder como causador do dano, quando haja uma situação de confiança especial suscitada pelo terceiro (§ 311/III 2). Também pode acontecer, ao invés, que seja o terceiro o responsável por uma situação danosa para uma das partes. Concretamente em relação a esta última situação, considera-se a mesma

V. É ilustrativo o caso analisado por Kupisch<sup>1119</sup>: há algum tempo que S (*Schuldner*) é especialista em transporte de correio específico. S combinou com a instituição de crédito G (*Glaubiger*), segundo um determinado plano de viagem, colocar à disposição de G, várias vezes por semana, uma viatura com condutor, para o transporte de documentos comerciais e de contabilidade, entre a central do banco e as suas sucursais. S confia a H (*Hilfe*), seu colaborador de confiança demonstrada, uma destas viagens. No percurso, ocorre um acidente que envolve H e D (*Dritter*), por culpa de H. No acidente, a viatura de S fica totalmente consumida em chamas, bem como os documentos que nela eram transportados e que pertenciam a terceiros (não ao próprio Banco). Além disso, o carro de D é danificado. A perda dos documentos causa prejuízo ao credor G, que pretende ser indenizado, bem como D, pela perda do seu carro. S recusa responsabilidades, invocando não ser ele o causador dos danos, indicando H como o verdadeiro causador. H, tipicamente, não tem bens que lhe permitam responder pelas dívidas.

Como afirma Kupisch, é intuitivo que o devedor S não pode sair ileso desta situação: deve existir uma forma de lhe ser imputado o comportamento de H<sup>1120</sup>. Porém, essa imputação ocorre de forma diversa em relação aos lesados:

- a) Em relação ao credor G, é de aplicar o § 278 do BGB, respondendo S pelo comportamento culposos de H, seu auxiliar, independentemente de qualquer culpa do próprio S, isto é, mesmo tendo escolhido corretamente o auxiliar, sem qualquer culpa;
- b) Em relação ao terceiro D, S apenas responde nos termos do § 831 do BGB, se ele próprio, S, tiver tido culpa. A lei presume a sua culpa, mas S pode elidir esta presunção.

---

aplicável, p.ex., aos pareceres dados por peritos, por hipótese com vista à alienação de um objeto, em que se pode considerar que a atuação do terceiro (perito) é suscetível de criar uma confiança especial (cf. Autores e ob. cit., p. 727).

<sup>1119</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgelhilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 817.

<sup>1120</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgelhilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 817.

Isto demonstra que o credor G se encontra numa posição muito melhor do que a do terceiro D<sup>1121</sup>. O que se explica porque entre o devedor e o credor existe um dever de conduta específico, emanado do contrato entre eles celebrado, concretamente um contrato de prestação de serviço (§ 611 do BGB)<sup>1122</sup>. Ora, como S, devedor, se serviu de H para o cumprimento da obrigação assumida perante G e como existe um comportamento danoso de H, o devedor responde como se tivesse sido ele mesmo a atuar<sup>1123</sup>.

Supondo que tinha sido o próprio devedor, S, a realizar a viagem e a causar, ele próprio, o acidente, por sua negligência, a obrigação ter-se-ia impossibilitado por culpa do próprio devedor<sup>1124</sup>. De acordo com os §§ 320 e seguintes do BGB, concretamente o § 325, o devedor deveria então indemnizar o credor devido a impossibilidade culposa de cumprimento, o que se verifica, na aceção do § 276/I do BGB<sup>1125</sup>.

Ora, situação idêntica ocorre quando o transporte é realizado, não pelo próprio devedor S, mas pelo seu auxiliar H: o cumprimento da obrigação impossibilita-se, por ação de H, devendo por isso aplicar-se também os §§ 611/I e 325/I do BGB. Acontece que, segundo esta última disposição, é necessário que tenha sido o próprio devedor a causar a impossibilidade, na aceção do § 276 do BGB, o que aconteceria, p.ex., se S tivesse escolhido mal o auxiliar ou se não o tivesse vigiado suficientemente. Por isso, como estas normas não resolvem o problema, mostra-se essencial recorrer ao § 278 do BGB, que faz o devedor responder pela atuação do auxiliar, ainda que ele próprio, devedor, não tenha qualquer culpa: *a culpa que é exigida é a culpa do auxiliar, não a culpa do devedor, que responde, assim, por culpa alheia*<sup>1126</sup>.

No entanto, Kupisch questiona, de forma pertinente: como se pode falar aqui de culpa do auxiliar H, quando a obrigação que existe é entre S e G? De

---

<sup>1121</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 817.

<sup>1122</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 818.

<sup>1123</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 818.

<sup>1124</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 818.

<sup>1125</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 819. Cf. também MARTIN JOSEF SCHERMAIER, §§ 276-278, em MATHIAS SCHMOECKEL / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: §§ 241-304, ob. cit., p. 1065.

<sup>1126</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 819.

imediatamente, o Autor explica: o sentido do § 278 do BGB não é esse, mas antes o de projetar a atuação do auxiliar na pessoa do devedor: se o comportamento do auxiliar, *imaginado na pessoa do devedor*, se apresentar como um comportamento culposos, então o devedor responde<sup>1127</sup>.

O Autor concorda com a solução da lei: quem promete um trabalho, fica devedor do seu trabalho, de forma que o credor pode contar apenas com o devedor, o que significa que o seu interesse não é afetado pelo eventual recurso a auxiliares<sup>1128</sup>. Assim, quando o devedor pretende cumprir a obrigação através de auxiliares, deve aceitar uma responsabilidade *ampliada*, já que a posição do credor não pode ficar pior do que se fosse o próprio devedor a agir<sup>1129</sup>.

De referir que H é auxiliar de S, mesmo que, em vez de um contrato de trabalho, existisse entre ambos um contrato de prestação de serviço, no âmbito do qual H atuasse com plena autonomia<sup>1130</sup>.

VI. A doutrina alemã enumera alguns casos de recurso a auxiliares em que o § 278 do BGB pode ser aplicado, nomeadamente<sup>1131</sup>:

- a) O operador de uma escavadora, que é considerado auxiliar do locador da máquina;
- b) O vendedor, que é auxiliar do banco na compra e venda a prestações financiada por este, perante o comprador, desde que o vendedor colabore com o banco, por ordem deste, na realização do pedido de empréstimo, em especial no preenchimento de formulários do contrato e da confirmação do negócio<sup>1132</sup>;

---

<sup>1127</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 819.

<sup>1128</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 819.

<sup>1129</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 819: "Die Vorteile der Arbeitsteilung muß sich der Schuldner sozusagen damit erkaufen, daß er das Personalrisiko übernimmt".

<sup>1130</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 821.

<sup>1131</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83.

<sup>1132</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 84, refere especificamente um caso julgado pelo BGH em que se considerou que o banco respondia por culpa na celebração do contrato quando o vendedor, que atuou como seu auxiliar, tivesse violado o dever de informação acerca dos riscos que poderiam ocorrer.



Em contrapartida<sup>1133</sup>, o mestre de obras, contratado por um arquiteto que extravasou os seus poderes ao celebrar um contrato de empreitada, não é, em princípio, auxiliar deste<sup>1134</sup>.

VII. O § 278 do BGB aplica-se mesmo que não exista um interesse próprio do devedor na utilização de um terceiro. Isso acontece, p.ex., nas seguintes situações<sup>1135</sup>:

- a) Uma pessoa encontra uma carteira e encarrega a sua empregada de a transportar até ao depósito de perdidos de achados. No percurso, a carteira é perdida, respondendo o achador pelo § 278 do BGB, não obstante a ausência de qualquer interesse ou vantagem específica para o mesmo na utilização do auxiliar;
- b) O arrendatário responde, segundo o § 278 do BGB, pela atuação dos seus familiares, aos quais concedeu o direito de utilizar a casa.

Por isso, para Kupisch, a aplicação do § 278 do BGB assenta na ideia de que o emprego de auxiliares não pode piorar a situação do credor<sup>1136</sup>, não tanto já na ideia de um benefício que seria obtido com o recurso a auxiliares.

VIII. Para alguma doutrina, seria necessário distinguir entre obrigações próprias, que teriam por objeto uma prestação económica, e obrigações impróprias, que teriam por objeto apenas um comportamento do devedor, considerando que o § 278 BGB apenas teria aplicação às primeiras. Outros chegaram a defender que a responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares seria diversa, consoante se tratasse de uma prestação *de dare* ou *de facere*.

Não nos parece, no entanto, que seja de acolher nenhuma destas interpretações. Na realidade, o § 278 do BGB assume-se como um princípio

---

<sup>1133</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83.

<sup>1134</sup> Sobre o tema, DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht II*, ob. cit., pp. 246 e seguintes; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Haftung Dritter aus positive Forderungsverletzung*, ob. cit., p. 115.

<sup>1135</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1136</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

geral, aplicável a toda e qualquer obrigação, independentemente da sua natureza ou objeto.

IX. O § 278 BGB aplica-se sempre que estejamos diante de uma relação obrigacional<sup>1137</sup>, independentemente da sua fonte<sup>1138</sup>, designadamente quer a obrigação tenha origem contratual ou legal<sup>1139</sup>. Irrelevante será ainda que se trate de obrigação de Direito público<sup>1140 1141</sup> ou de Direitos reais<sup>1142 1143</sup>.

A doutrina discute se o § 278 do BGB se aplica às *incumbências* ou ónus (*Obliegenheiten*)<sup>1144</sup>. Segundo Krüger, não é de excluir a aplicação deste preceito, invocando como argumento o 2.º parágrafo do § 254 do BGB<sup>1145</sup>.

Ao invés, todavia, este preceito não se aplica em caso de violação de um dever genérico, como p.ex. o dever de não lesar terceiros<sup>1146</sup>, nem em caso de ofensa de um dever de proteção de terceiros, em que o regime aplicável será o do § 831 BGB<sup>1147 1148</sup>. Assim, o § 278 BGB não se aplica ao incumprimento de

---

<sup>1137</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, em *Juristische Schulung*, Dezembro 1961, Heft 12, p. 340, acrescentando que a necessidade de uma obrigação restringe fortemente a aplicação do § 278 BGB, afastando o risco do dono do negócio em relação à pessoa que trabalha para ele fora do âmbito de uma obrigação e que causa danos a terceiros.

<sup>1138</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83.

<sup>1139</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891.

<sup>1140</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340, dando como exemplo a entrada de um doente num hospital público. O Autor salienta, no entanto, que no caso de exercício de *ius imperii*, é aplicável o § 839 BGB, em articulação com o artigo 34.º da Constituição.

<sup>1141</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1142</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

<sup>1143</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 95, considerando que o § 278 do BGB se aplica em relação a qualquer obrigação, inclusivamente obrigações próprias dos Direitos Reais, do Direito da Família, do Direito das Sucessões ou do Direito Público.

<sup>1144</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 24.

<sup>1145</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 24. Cf. também FRITZ ZUNFT, *Erfüllungsgehilfen und vertrag zugunsten Dritten im Mietrecht*, ob. cit., pp. 377.

<sup>1146</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891.

<sup>1147</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 95.

<sup>1148</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., pp. 98 e 99, dizendo que seria incorreto afirmar que o devedor se serve do seu pessoal para o cumprimento da obrigação de não lesar o credor.

deveres de segurança no tráfego, ainda que a execução destes seja atribuída a terceiro. Por hipótese, supondo que o proprietário de uma casa atribuiu ao seu porteiro, H, o cumprimento das obrigações inerentes aos deveres de segurança no tráfego e que H faltou ao cumprimento destes deveres, originando lesão para um terceiro, não se aplica o § 278 BGB<sup>1149</sup>. E, neste caso, Medicus rejeita também a aplicação do § 831 BGB, pelo que o proprietário não se pode exonerar, provando que escolheu cuidadosamente H.

Para aplicar o § 278 BGB pode estar em causa uma obrigação *de facere*, ou uma omissão<sup>1150</sup>: por isso o hospital responde pela omissão dos deveres de cuidado em relação a um paciente, desde que esta se situe no âmbito dos deveres do mesmo<sup>1151</sup>.

O caso da omissão é especialmente importante a propósito das greves: o devedor, empregador, responde pela omissão dos seus trabalhadores, em greve, mesmo que esta seja uma greve ilícita<sup>1152</sup>. Com efeito, a responsabilidade por uma perturbação na prestação causada por uma luta laboral faz, ainda, parte do risco típico que deve ser suportado pelo empregador<sup>1153</sup>.

Acresce que, segundo a jurisprudência alemã:

- a) Um sindicato responde pela violação do dever de omissão de adoção de certas medidas de luta por parte de um secretário<sup>1154</sup>;
- b) O empresário responde pela violação de um monopólio de distribuição quando coloca em ação um novo agente de distribuição<sup>1155</sup>;

---

<sup>1149</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., número de margem 656.

<sup>1150</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 22.

<sup>1151</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 84.

<sup>1152</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895. O Autor refere que, tratando-se de greve lícita, o empregador responde na mesma, mas pelo § 279 do BGB, o qual foi, entretanto, revogado.

<sup>1153</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895, salientando que o empregador pode sempre acautelar-se contra este risco, através de uma diminuição convencional de responsabilidade. Contudo, no caso de cláusulas contratuais gerais, a exclusão já não será admitida.

<sup>1154</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 22.

- c) O empregador responde, perante o cliente, pela omissão de informação pessoal que o candidato a emprego cometeu<sup>1156</sup>.

X. Segundo Krüger, dolo e fraude do auxiliar são de equiparar, respondendo o devedor quer em caso de uma informação incorreta, dolosamente prestada, quer em caso de falta de informação, negligentemente fornecida<sup>1157</sup>.

Também neste sentido se pronuncia Heinrichs, ao afirmar que o § 278 do BGB é aplicável à responsabilidade, análoga ao contrato, dos bancos e instituições semelhantes, em relação a um conselho ou informação, que era de importância significativa para o destinatário<sup>1158</sup>.

Importa ainda referir que o BGH também já considerou aplicável o § 278 do BGB em relação à informação obrigatória que um empregador deve fornecer ao novo empregador, com referências sobre o trabalhador, tendo considerado que a mesma era suscetível de fundar responsabilidade por confiança.

No caso decidido pelo BGH em 31.01.1962<sup>1159</sup> foi analisada a seguinte situação: o empregado M, que trabalhava para o vendedor, declarou ao comprador de uma máquina que a serra circular da mesma poderia ser colocada no lugar da serra antiga., De acordo com o entendimento do Tribunal de Berlim (1.<sup>a</sup> instância), esta informação foi decisiva para a concretização do negócio, pelo que o vendedor deveria responder pelas declarações, erradas, do seu funcionário, entendimento este que foi mantido pelo BGH<sup>1160</sup>.

Neste caso, tanto a pessoa do comprador, como o seu filho (que tratou, temporariamente, das negociações) deixaram claro que pretendiam que a

---

<sup>1155</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 22.

<sup>1156</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 23.

<sup>1157</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 23.

<sup>1158</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 892.

<sup>1159</sup> Disponível em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, Heft 27, pp. 1196-1199.

<sup>1160</sup> Sobre este contrato, DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, Munique, Verlag C. H. Beck, 2012, pp. 11 e seguintes.

máquina adquirida fosse colocada no lugar da antiga. De seguida, o trabalhador do vendedor, M, fez a medição do local e considerou que o mesmo era suficiente para comportar a máquina. Posteriormente, verificou-se que a máquina era demasiado grande para o local. Para que nele coubesse, seria necessária uma intervenção e alterações na laboração, com efeitos graves no serviço existente.

De acordo com o BGH, as declarações de M eram um conselho, a par do próprio contrato de compra e venda. Isto apesar de, na sua perspetiva, o comprador ter atuado com o objetivo de se livrar das suas próprias obrigações, como comprador, tendo feito todos os possíveis para obter uma indemnização, em termos contrários à boa fé<sup>1161</sup>. Para o BGH, as declarações de M foram feitas no âmbito de uma obrigação secundária do vendedor, mesmo que este não tenha confirmado, por escrito (como o comprador pretendia), a informação dada pelo empregado<sup>1162</sup>. Assim, o vendedor responde pela atuação culposa de M, nos termos do § 278 do BGB: com efeito, M apercebeu-se que era essencial, para o comprador, que a máquina coubesse no lugar onde se encontrava a antiga, pelo que atuou pelo menos de forma negligente ao dar a informação que deu<sup>1163</sup>.

Este caso permite concluir que o devedor responde pelo cumprimento, independentemente de a intervenção do auxiliar ocorrer no âmbito da obrigação principal, ou de obrigações secundárias ou deveres acessórios<sup>1164</sup>.

XI. O § 254 BGB, referente à culpa do lesado, determina a sua aplicação à responsabilidade prevista no § 278 BGB. Refere-se aquele primeiro preceito à concorrência de culpas e a sua aplicação à responsabilidade obrigacional por

---

<sup>1161</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, Heft 27, ob. cit., p. 1197.

<sup>1162</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, Heft 27, ob. cit., p. 1198.

<sup>1163</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, Heft 27, ob. cit., p. 1198.

<sup>1164</sup> WILH. WEIMAR, *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, em *Juristische Rundschau*, 1985, pp. 95-96.

fato de outrem significa que ao devedor / principal se deve imputar a culpa que eventualmente haja da parte do seu auxiliar<sup>1165</sup>.

Neste sentido, a doutrina tem referido alguns exemplos:

- a) Uma pastelaria envia o seu aprendiz, de bicicleta, para entregar uma tarte a um cliente. Ocorre um acidente, por culpa do aprendiz e de terceiro, que causa a perda da tarte. A culpa concorrente do aprendiz é imputada ao principal.
- b) O motorista do banqueiro X leva, como habitualmente, o seu veículo à oficina para a revisão, onde pede para encher o depósito mas esquece-se de avisar que a viatura tem um catalisador. O funcionário da oficina abastece o automóvel com gasolina com chumbo. O banqueiro tem assim direito a indemnização por parte da oficina pelos danos sofridos na viatura, mas é-lhe imputada a culpa concorrente do seu motorista.

XII. Há algumas dúvidas quanto à aplicação do § 278 BGB aos negócios gratuitos, como a doação, o mútuo e o depósito, previstos nos §§ 521, 599 e 690 do BGB<sup>1166</sup>. Com efeito, segundo uma opinião corrente, não há aqui um negócio jurídico, porquanto a vontade das partes não foi nesse sentido, mas apenas no de fazer um obséquio ou favor<sup>1167</sup>.

Contudo, não se fazendo qualquer diferenciação na lei, afigura-se de rejeitar este entendimento. Com efeito, é irrelevante, para a aplicação do § 278 BGB, saber se o terceiro, auxiliar, se encontra a cumprir uma obrigação assumida perante o devedor, ou se o faz por favor ou por simples obséquio,

---

<sup>1165</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 97.

<sup>1166</sup> Sobre este assunto, cf. DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 160 e seguintes.

<sup>1167</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 161, refere que a jurisprudência atende a um conjunto de indícios, de forma a aferir se existe ou não esta vontade de ligação em termos contratuais, entre os quais se contam o valor do objeto confiado, a importância económica do assunto, o interesse visível do beneficiário e o perigo, que é perceptível para o executor, das consequências em caso de execução defeituosa.

contanto que, objetivamente, haja sido introduzido pelo devedor no cumprimento<sup>1168</sup>.

XIII. Como se referiu, nada obsta à aplicação do § 278 do BGB a uma obrigação de natureza pública. Aliás, no âmbito do Direito público, o BGH considerou já que os titulares de um cargo público poderiam ser auxiliares, na aceção do § 278 BGB<sup>1169</sup>.

Diversamente, para Lüderitz, não será assim<sup>1170</sup>: se os interesses do credor são violados pelo comportamento de um funcionário, titular de um cargo público, quando apenas este podia ou devia atuar, o devedor, que não tinha uma alternativa ao seu dispor, não deve ser responsabilizado pelo § 278 BGB. Assim, considera que não há responsabilidade através desta norma, invocando dois argumentos:

- a) Por um lado, porque o devedor não pode influenciar a atividade do funcionário;
- b) Por outro, porque não tem direito de controlo da organização em que aquele funcionário se insere.

O Autor conclui não se aplicar o § 278 BGB à atividade de um oficial de justiça que executa uma providência cautelar ou que realiza uma venda direta, nos termos do HGB, ao transporte de dinheiro pela polícia, às autenticações e certificações por notários, aos acordos e conciliações celebrados em tribunal ou repartições públicas, ao transporte de crianças e deficientes por serviços públicos, ao serviço de proteção da juventude, aos correios, etc.<sup>1171</sup>. Na perspetiva adotada por Lüderitz, se o devedor não se aproveita, do ponto de vista empresarial ou economicamente, da atividade do terceiro, deve ser negada

---

<sup>1168</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1169</sup> Sobre o tema, cf. ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, Heft 1/2, S.1, p. 1, sublinhando que com tal entendimento se pôs termo à dúvida anterior quanto a saber se um auxiliar podia atuar com independência.

<sup>1170</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 8. O Autor acrescenta que, mesmo em relação aos correios, em que se poderia falar numa divisão de trabalho, a aplicação do § 278 BGB deve ser rejeitada, já que nem toda a divisão de trabalho leva à responsabilidade: a obrigação não se pode delimitar segundo a pessoa, espaço e tempo, já que para tal se deve atender, também, à regra da boa fé, presente no § 242 BGB.

<sup>1171</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 8.

qualquer responsabilidade<sup>1172</sup>. Contudo, não recusa em absoluto que os funcionários públicos possam ser auxiliares: admite, pelo contrário, que o possam ser, desde que se preencham as seguintes condições:

- a) As partes assim o tenham convencionado, ou tal resulte da interpretação do contrato, segundo a boa fé e nos termos do § 242 BGB;
- b) Exista a possibilidade efetiva de o devedor se aproveitar da atividade do funcionário público, ou seja, desde que esteja em causa um dever do devedor, porque, onde o devedor não tem um dever, não há espaço para a responsabilidade segundo o § 278 BGB<sup>1173</sup>.

Conclui, por isso, que muito embora os funcionários públicos possam ser auxiliares, na aceção do § 278, raramente o serão efetivamente.

Contudo, como se referiu, não é nesse sentido que se manifesta praticamente a generalidade da doutrina alemã. Decisivo é apenas saber se o terceiro atua como auxiliar do devedor, segundo a própria vontade deste, não relevando a natureza da relação, nem tão-pouco se esta é de natureza privada ou pública<sup>1174</sup>. Assim, p.ex., Helmut Heinrichs pronuncia-se a favor da aplicação do § 278 do BGB às relações jurídico-públicas<sup>1175</sup>: na sua opinião, esta solução até é mais favorável para o lesado, se comparada com o artigo 34.º da Constituição Alemã e com o § 839 do BGB, porque a regra de subsidiariedade contida no primeiro parágrafo deste último artigo<sup>1176</sup> é excluída e, bem assim, porque o regime do ónus da prova é o constante do § 282 do BGB.

---

<sup>1172</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 8. O Autor não deixa, no entanto, de salientar que nesse caso sempre poderá ser acionada a responsabilidade do próprio funcionário público, que em regra é solvente, pelo que a criação de um dever de proteção do devedor que se estendesse à atividade destas pessoas seria, a seu ver, contraproducente para o credor, por não ser favorável ao ressarcimento dos seus danos (§ 839 BGB).

<sup>1173</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 8.

<sup>1174</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 1.

<sup>1175</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

<sup>1176</sup> De acordo com esta norma, em caso de mera negligência do funcionário público, o lesado apenas tem direito à indemnização se não puder obter o ressarcimento dos danos por outra forma.



A aplicação do § 278 do BGB no âmbito de relações jurídico-públicas pode ter como finalidade a afirmação da responsabilidade nas seguintes situações<sup>1177</sup>:

- a) Utilização de correios;
- b) Utilização, publicamente regulada, de instalações públicas, como p.ex. piscinas;
- c) Relação com a Segurança Social.

Contudo, a jurisprudência alemã não considera o § 278 BGB aplicável à frequência de escolas públicas, embora a questão seja muito discutida a propósito dos danos nas pessoas<sup>1178</sup>. Não obstante, o BGH já considerou que um serviço de proteção da juventude municipal, que havia enviado crianças de férias, cumprindo com isso deveres públicos, responde se uma criança cair do comboio, invocando que o contrato de transporte teria sido estabelecido no interesse daquele serviço, respondendo assim o mesmo com base numa relação contratual ou quase contratual<sup>1179</sup>.

XIV. Poderiam, de fato, suscitar-se algumas dúvidas a este respeito: os funcionários públicos, em atenção às suas funções, devem ter uma responsabilidade objeto de regulação especial<sup>1180</sup>. Contudo, a verdade é que<sup>1181</sup>:

- a) A função de serviço geral é vaga, não sendo limitada aos titulares de cargos públicos;
- b) Empresas públicas e privadas não podem ser diferenciadas pela sua função, nem o pode ser a respetiva responsabilidade;
- c) As entidades públicas são, em princípio, solventes;

---

<sup>1177</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

<sup>1178</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893, explicando que é assim devido à inclusão de alguns destes danos no seguro legal contra acidentes.

<sup>1179</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 2.

<sup>1180</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 3.

<sup>1181</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 3.

- d) Não faria sentido considerar que a responsabilidade do devedor seria diversa, consoante este, para o cumprimento da sua obrigação, se tivesse servido de um serviço público ou privado.

Do mesmo modo, se um hospital municipal se obrigou, por contrato, a realizar um determinado tratamento médico, o médico é considerado auxiliar do hospital<sup>1182</sup>, apesar de não ser possível dar instruções ao médico sobre a forma de realização da sua atividade, em virtude da autonomia de execução de que este último beneficia<sup>1183</sup>. No entanto, note-se que o contrato de prestação de serviço apenas existe entre o próprio paciente e o hospital. Por isso, se o doente falecer, os seus herdeiros, que eventualmente sejam titulares de um direito de indemnização, não podem agir contra o hospital com base no § 278 do BGB, mas somente em termos gerais, pelo delito, de acordo com os §§ 823 e seguintes do BGB<sup>1184</sup>.

XV. A doutrina alemã considera ainda, de forma relativamente pacífica, que o § 278 do BGB é aplicável às relações de natureza real.

Medicus avança, a este respeito, o seguinte exemplo: o possuidor de boa fé B entrega para guarda ao seu empregado A, antes de qualquer litígio, um objeto pertencente a E. Se o objeto se perder, por culpa de A, B não responde perante o proprietário E, uma vez que, nesse mesmo caso, também não responderia se a coisa se perdesse pela sua própria culpa. Em contrapartida, B responde, segundo o § 278 BGB, se a entrega da coisa ao empregado tiver ocorrido após haver litígio, ou depois de ter cessado a sua boa fé, nos termos dos §§ 989 e 900 BGB<sup>1185</sup>.

---

<sup>1182</sup> Cf. também RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 88, referindo o caso do hospital da caixa e do hospital universitário.

<sup>1183</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1184</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 88.

<sup>1185</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

Um outro exemplo é o seguinte: o cliente responde pela atuação do seu advogado, que apenas entregou o objeto em data posterior àquela em que o deveria fazer, após a resolução do litígio acerca da posse<sup>1186</sup>.

Também Westermann considera que o § 278 BGB tem aplicação ao possuidor, p.ex. se a coisa objeto de posse foi destruída ou deteriorada, por culpa de um auxiliar do possuidor<sup>1187</sup>.

XVI. É discutida na doutrina alemã a aplicabilidade do § 278 BGB às relações de vizinhança, nomeadamente quanto à questão de saber se nestas existe a relação especial, obrigacional, pressuposta neste preceito. A este respeito, o Supremo já considerou que inexistente relação obrigacional entre os vizinhos, pelo que um vizinho não responde, com base no § 278 do BGB, pela atuação de um arquiteto que, por culpa sua, tenha danificado o muro do vizinho, entendimento este que parece convergir com o de Medicus<sup>1188</sup>. Assim, a doutrina parece pronunciar-se em sentido negativo quanto à aplicação do § 278 do BGB às relações de vizinhança<sup>1189</sup>.

Em sentido diverso, Westermann considera que a relação de vizinhança origina uma relação obrigacional<sup>1190</sup>, principalmente quanto a lei impõe a um vizinho que adote especiais deveres de proteção em relação a outro vizinho<sup>1191</sup>.

Contudo, a jurisprudência parece ser igualmente contra esta aplicação<sup>1192</sup>, pelo menos em relação aos seguintes deveres:

- a) Deveres de diligência, impostos pela lei, no benefício do vizinho (§§ 909 e 912 e seguintes do BGB);

---

<sup>1186</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

<sup>1187</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1188</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

<sup>1189</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83.

<sup>1190</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1191</sup> Neste caso, o § 909 do BGB determina que um terreno não pode ser escavado, de tal forma que o solo do terreno vizinho perca o seu apoio necessário, a menos que sejam tomados cuidados para proporcionar um reforço suficiente de outro tipo.

<sup>1192</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

b) § 922/4.<sup>a</sup> frase do BGB, que remete para os §§ 741 e seguintes do BGB.

Para Medicus, o § 278 do BGB apenas é de aplicar nos casos em que a própria lei qualifica a relação de vizinhança como obrigacional, como acontece no § 922 do BGB, que remete para o regime das obrigações plurais, em caso de uso de partes comuns ou de fronteira entre as duas propriedades<sup>1193</sup>; ora, seria este precisamente o caso em discussão no acórdão citado por este Autor. Porém, diferentemente, o Supremo rejeitou a aplicação do § 278 do BGB, invocando que os direitos e obrigações entre os proprietários tinham natureza real, e não obrigacional. Em crítica, Medicus conclui que de tal qualificação não resulta, de modo algum, a inaplicabilidade do § 278 do BGB, já que este não pressupõe uma obrigação contratual, mas sim uma qualquer obrigação<sup>1194</sup>, portanto, independentemente da sua fonte.

XVII. No que concerne aos deveres dos comproprietários e dos condôminos, a jurisprudência alemã aplica, embora limitadamente, o § 278 do BGB<sup>1195</sup>. Contra, parece pronunciar-se, novamente, Helmut Heinrichs, para quem as regras sobre estes temas apenas se referem ao direito de propriedade em geral, não criando deveres especiais entre as partes, a menos que as partes convencionem nesse sentido<sup>1196</sup>.

Um caso muito discutido é o do aprofundamento de terreno, que exige medidas especiais de segurança em relação ao terreno vizinho. A jurisprudência alemã tem vindo a recusar a existência de uma obrigação, com a consequente inaplicação do § 278 BGB, entendimento que Westermann contesta: para este Autor, o § 906 BGB, que impõe um conjunto de deveres ao proprietário, deve

---

<sup>1193</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 370.

<sup>1194</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 370, onde afirma: *Daraus folgt keineswegs die Unanwendbarkeit von § 278, weil dieser keine schuldrechtliche Sonderverbindung voraussetzt.*

<sup>1195</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

<sup>1196</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

ser entendido como criando uma relação especial entre ele e o vizinho, podendo o proprietário, no cumprimento de tais deveres, lançar mão a auxiliares<sup>1197</sup>.

XVIII. Como já se adiantou, o § 278 do BGB é também aplicável:

- a) Ao achador, na sua relação com o titular da coisa, bem como em caso de violação das obrigações decorrentes de uma servidão ou de um ônus real<sup>1198</sup>;
- b) Ao credor pignoratício, caso este recorra a auxiliares para o cumprimento do seu dever de diligência e preservação da coisa<sup>1199</sup>;
- c) Ao credor que, no âmbito de uma ação executiva, responde pela libertação, atrasada, da coisa, através do seu advogado, perante o proprietário da coisa alheia onerada com a penhora<sup>1200</sup>.

Em contrapartida, entende-se que o § 278 não é aplicável:

- a) À aquisição da posse; contudo, diversamente, entende-se que, quando, no âmbito dos §§ 989 e 990 do BGB, um auxiliar de cumprimento do possuidor tiver culpa pelo perecimento da coisa, é de aplicar aquele artigo<sup>1201</sup>;
- b) Para alguma doutrina, como Helmut Heinrichs, o § 278 do BGB também não se aplica às relações de vizinhança.

XIX. O problema coloca-se também em relação a certos contratos, que proporcionam o contato com a coisa: p.ex., no arrendamento, os trabalhadores e os familiares do arrendatário contactam com a coisa locada, podendo daí

---

<sup>1197</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1198</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.  
HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

<sup>1200</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

<sup>1201</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

resultar danos na mesma. Deve o arrendatário responder por tais danos, sendo aquelas pessoas consideradas seus auxiliares de cumprimento<sup>1202</sup>?

Para alguma doutrina mais antiga, o critério para aferir da responsabilidade ou não do arrendatário assenta na existência de uma relação de domínio (*Herrschaftsverhältnis*), que pode existir numa família, ou numa empresa, o que explicaria que, em tempos iniciais, fosse rejeitada a responsabilidade do arrendatário por atos dos hóspedes<sup>1203</sup>, sendo no entanto admitida no caso dos trabalhadores e familiares do arrendatário.

Este entendimento afigura-se, no entanto, de rejeitar, pois, como já foi referido, o § 278 BGB é aplicável mesmo que o auxiliar atue com independência face ao devedor<sup>1204 1205</sup>. A introdução do auxiliar no cumprimento da obrigação não significa – como sucede no § 831 BGB – que o auxiliar seja um subordinado em relação ao devedor, submetido às suas ordens: *“Es genügt, wenn der Dritte vom Schuldner in den Erfüllungsprozeß eingeschaltet worden ist”*<sup>1206</sup>.

Por isso, sucessivamente, o RG considerou que o arrendatário devedor respondia pela atuação de transportadores de mudanças, fornecedores, compradores ou auxiliares destes, bem como pelos hóspedes, não obstante não poder, em princípio, influenciar a atividades destas pessoas<sup>1207</sup>.

XX. É unânime o entendimento de que, no âmbito do § 278, o auxiliar pode atuar com subordinação em relação ao devedor, ou com independência<sup>1208</sup> deste<sup>1209 1210</sup>.

---

<sup>1202</sup> Sobre a questão, ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 5. O Autor refere o caso decidido pelo Tribunal da Relação de Estugarda, no princípio do século XX, em que decidiu que o arrendatário não era responsável pelos danos resultantes do suicídio conjunto da sua esposa e do seu amante, dentro do apartamento arrendado.

<sup>1203</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 5.

<sup>1204</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 5.

<sup>1205</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>1206</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 505.

<sup>1207</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 5. Todavia, o Autor reconhece que a *relação de domínio* existe na maioria dos casos a que se aplica o § 278 BGB, podendo dizer-se que é essa a situação típica.

<sup>1208</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 92.

<sup>1209</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 1.

Com efeito, como assinalam Esser / Schmidt, a exigência de dependência poderia fazer sentido em relação a pequenas empresas<sup>1211</sup>, mas tornaria inútil a imputação em grandes empresas, em que a despersonalização é uma realidade. Acresce que o § 278 BGB é aplicável fora do âmbito da própria empresa, o que acontece, p.ex., quando esta recorre a uma outra empresa para executar a sua obrigação, ou parte dela.

A este respeito, conhecem-se os seguintes casos, decididos pelo RG<sup>1212</sup>:

- a) Em 1904, considerou que o proprietário de um teatro respondia pela culpa de um dos artistas que nele atuou, não sendo relevante a questão de saber se existia ou não uma atuação independente no cumprimento da obrigação;
- b) Em 1907, considerou que o transportador, ao qual foi confiado o carregamento, era auxiliar do expedidor;
- c) Em 1920, considerou novamente que o transportador era um auxiliar, para efeitos do cumprimento da obrigação de entrega, afirmando expressamente que deveria ser recusada a interpretação do § 278 BGB segundo a qual um empresário independente não podia ser auxiliar<sup>1213</sup>.

O auxiliar pode então estar sujeito a ordens e instruções do devedor, bem como ser independente deste.

De referir que, ao atuar com independência, o auxiliar não se sujeita a quaisquer instruções por parte do devedor, sendo, por isso, irrelevante aferir se este tinha ou não a possibilidade de as dar<sup>1214</sup>. Quer o devedor pudesse instruir o auxiliar, quer o tenha efetivamente feito ou não, quer ainda o tenha feito de forma adequada ou não, mostra-se irrelevante para a imputação objetiva

---

<sup>1210</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891. Não obstante, sublinha que no caso de recurso a auxiliares próprios, dependentes, a responsabilidade acaba por ser mais abrangente, já que o devedor também responde pelo cumprimento diligente.

<sup>1211</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 92.

<sup>1212</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 1.

<sup>1213</sup> Cf. também HANS STEHLING, *Beiträge zur Lehre des § 278 B.G.B.*, ob. cit., pp. 39 e seguintes.

<sup>1214</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 1.

contida no § 278 do BGB, podendo, no entanto, relevar para a eventual responsabilidade subjetiva que ao devedor possa caber.

XXI. Irrelevante é ainda a existência de um vínculo ou relação jurídica específica entre o devedor e o auxiliar.

Por conseguinte o auxiliar pode:

- a) Ser um trabalhador do devedor;
- b) Ser um trabalhador de terceiro;
- c) Agir por mero obséquio do devedor<sup>1215</sup>.

O que releva é apenas *o programa de cumprimento da obrigação do devedor*, independentemente da forma da obrigação e da relação interna entre o devedor e o seu auxiliar<sup>1216</sup>. O que é essencial é que o devedor introduza o auxiliar no cumprimento<sup>1217</sup>. Por isso, quem trabalha por conta própria, ainda que no âmbito de deveres do devedor, não é considerado seu auxiliar, já que não foi por este introduzido no cumprimento. Todavia, como se reiterou, é já totalmente irrelevante se o auxiliar se encontra juridicamente dependente do devedor, ou se exerce a sua atividade com autonomia<sup>1218</sup>.

XXII. O caso dos notários é muito discutido na ordem jurídica alemã. O Supremo já decidiu que o notário poderia ser considerado auxiliar<sup>1219</sup>. Contudo, o BGH, numa decisão não publicada, de 20.10.1958, negou a responsabilidade do devedor pelo notário, por considerar que este não seria auxiliar quando atuasse na autenticação e na celebração de um negócio jurídico<sup>1220</sup>. Nesse caso, o notário atuaria antes como oficial de justiça, e não como auxiliar de uma das

---

<sup>1215</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 1.

<sup>1216</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 92.

<sup>1217</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1218</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1219</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371.

<sup>1220</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83.



partes<sup>1221</sup>. Diferentemente, se o notário for, efetivamente, introduzido por uma das partes no cumprimento de uma obrigação própria, então será já auxiliar desta parte<sup>1222</sup>.

Numa outra decisão referida por Lüderitz, o BGH considerou que o notário realizava a sua atividade como oficial de justiça, e não como auxiliar<sup>1223</sup>. Já para este Autor, o notário não pode ser considerado auxiliar do devedor, mesmo que este tenha liberdade de escolha, uma vez que, segundo entende, o devedor não pode influenciar a forma de autenticação levada a cabo pelo notário, que atua fora da sua competência<sup>1224</sup>.

A questão tem sido fruto de profundas divergências. Para Helmut Heinrichs, a relação que se estabelece entre as partes num negócio jurídico e o notário é uma relação análoga ao contrato<sup>1225</sup>. Não obstante, para este Autor, em princípio o § 278 do BGB não se aplica aos funcionários judiciais, notários ou outros titulares de funções semelhantes: a norma apenas será aplicável se a atuação destas pessoas ocorrer no âmbito dos deveres do próprio devedor, o que, em regra, apenas se verifica quando o devedor tinha a liberdade de cumprir de outra maneira, ou seja, sem recorrer a estas pessoas ou entidades<sup>1226</sup>.

A este propósito, veja-se um interessante caso, referido por Lüderitz<sup>1227</sup>: E ofereceu a X um terreno, tendo a oferta sido autenticada pelo notário A na primeira metade de 1969. Nesse mesmo ano, E repetiu a sua oferta, autenticada pelo notário B, sócio de A. X podia aceitar a oferta, através de protocolo, junto de um notário, até 31 de agosto de 1969. Em 2 de maio de 1969, X vendeu uma parte do terreno a Y, contrato este que foi, igualmente, celebrado pelo notário B e no qual se convencionou para X o direito de desistência, na hipótese de o

---

<sup>1221</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

<sup>1222</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83.

<sup>1223</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 2.

<sup>1224</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 6.

<sup>1225</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893.

<sup>1226</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>1227</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 2.

cumprimento da obrigação se tornar impossível, por circunstâncias que lhe fossem alheias, caso em que o comprador Y teria de pagar 1% do preço da venda, como indemnização. No dia 30 de agosto, X declarou ao notário B aceitar a oferta do terreno. O notário B ficou assim incumbido da celebração do contrato entre E e X. Em 15 de setembro de 1969, E vendeu o terreno a Z, por contrato celebrado pelo notário A, tendo sido registada a transferência de propriedade. Com base na cláusula do contrato entre X e Y, X desistiu e reteve o sinal, exigindo o pagamento da restante indemnização.

Como o Autor faz notar, estamos diante de uma flagrante situação de falta de organização dos notários A e B, sendo inclusivamente de admirar que a disputa tenha sido levada a tribunal<sup>1228</sup>.

Por seu turno, na sua decisão, o BGH realçou que o próprio X poderia ter informado E da aceitação do contrato de compra e venda, apesar de tal ser também conhecido pelo notário, que celebrou o negócio. Conclui que o § 278 do BGB não se aplicava aos notários.

Neste sentido, também para Lüderitz, *o notário pode ser auxiliar na indicação dos direitos das partes, mas não na parte referente à celebração, propriamente dita, do negócio jurídico*, já que esta visa proteger as partes de precipitação na tomada de decisão e a conservação da prova<sup>1229</sup>. Assim, o Autor considera que não existe aqui divisão de trabalho, nem intromissão no próprio interesse económico do devedor<sup>1230</sup>.

Esser e Schmidt recusam igualmente a aplicação do § 278 do BGB aos danos causados por notários, no âmbito da atividade de celebração de negócios jurídicos. Trata-se de *tarefas que o devedor, efetivamente, não consegue realizar sozinho*, tendo de recorrer a funcionários públicos para esse efeito, os quais, em certa medida, podem ser considerados *auxiliares*. Contudo, a haver responsabilidade, esta será apenas delitual, e não obrigacional<sup>1231</sup>. De fato,

---

<sup>1228</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 2.

<sup>1229</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 4.

<sup>1230</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 4.

<sup>1231</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 91, referindo expressamente, no caso dos funcionários públicos – notários e oficiais de justiça encarregues de executar uma decisão judicial, o § 839 do BGB.

parece de aceitar que a obrigação do devedor não abarca as tarefas que são realizadas por estes funcionários.

Na mesma linha, para Wolfgang Krüger, *o devedor só responde pela atuação de notários, tribunais, oficiais de diligência, etc., quando, excecionalmente, seja devedor da atividade por eles desempenhada*: isto acontecerá, a seu ver e desde logo, quando o devedor pudesse cumprir o seu dever de outro modo, ou seja, sem recorrer a estas entidades<sup>1232</sup>.

XXIII. Em princípio, o devedor responde pela atuação do auxiliar, mesmo que este haja atuado com dolo, i.e., com o intuito de causar o dano ao credor.

Todavia, Westermann recusa a aplicação do § 278 do BGB ao caso de dolo e negligência grave de um *representante ou auxiliar do segurado*, considerando que neste caso não se deve imputar ao segurado a culpa de todas as pessoas às quais ele permite o contato com a coisa<sup>1233</sup>. Do mesmo modo, o Autor entende que se G quer comprar uma casa e envia um perito para averiguar acerca da existência de defeitos, sendo que este, de forma negligente, não assinala os mesmos, não se aplica o § 278, ou seja, não se elimina o direito do comprador em sede de venda de coisa defeituosa<sup>1234</sup>. Esta situação justifica-se por um regime especial.

XXIV. Um dos casos em que é aplicado o § 278 BGB reside na responsabilidade médica ou hospitalar, nomeadamente quando o doente da caixa seja internado num hospital, sendo que neste caso se entende que a entidade que suporta o seguro legal de doença celebra com a entidade hospitalar um contrato<sup>1235</sup>. Destarte, “A entidade hospitalar (pessoa de direito

---

<sup>1232</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 29.

<sup>1233</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1234</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341. Só assim não seria, segundo este Autor, se p.ex. o vendedor tivesse exigido o controlo da casa por um perito, caso em que o comprador teria a obrigação de o fazer.

<sup>1235</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, HANS-LEO WEYERS, *Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und*

privado ou de direito público) responde pelos actos culposos de toda a pessoa que seja de qualificar como auxiliar nos termos do § 278 do Código Civil (aplicável no domínio da responsabilidade contratual) e, para além disso, ao abrigo dos §§ 31 e 89, pelos actos dos órgãos estatutários (*verfassungsmässiger Organe*), em especial pelos dos médicos chefes com um poder de decisão autónomo”<sup>1236</sup>.

Contudo, já temos dificuldades em compreender a última afirmação do Autor, de que: “Em relação a estes últimos [médicos chefes com um poder de decisão autónomo] responde delitualmente segundo as mesmas regras e, em relação ao restante pessoal, apenas com base no § 831, completado pelos princípios da culpa de organização”<sup>1237</sup>. Com efeito, mesmo em relação ao restante pessoal, justifica-se a aplicação do § 278 BGB, contanto que se esteja ainda no âmbito da execução do contrato acordado.

XXV. Na Alemanha existe um modelo de tratamento diverso do conhecido entre nós, referente aos chamados *Belegarzt*, expressão que se poderia traduzir por médico filiado ou de ocupação<sup>1238</sup>, dando origem ao chamado contrato *dividido* entre o médico e o hospital (*gespalten Arzt-Krankenhaus-Vertrag*). Este contrato funciona da seguinte forma<sup>1239</sup>: o médico tem um acordo com determinado hospital, nos termos do qual tem direito a utilizador *x* camas, para pacientes seus, isto é, aqueles que o procuram especificamente enquanto profissional de determinada área. Esta situação, complexa, suscita algumas

---

*Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A zum 52 Deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978, C. H. Beck, München, 1978, 124 páginas, em Revista de Direito e Economia, Anos VI/VII, 1980/1981, p. 400.*

<sup>1236</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, HANS-LEO WEYERS, *Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A zum 52 Deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978, C. H. Beck, München, 1978, 124 páginas, ob. cit., p. 400.*

<sup>1237</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, HANS-LEO WEYERS, *Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A zum 52 Deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978, C. H. Beck, München, 1978, 124 páginas, ob. cit., p. 400.*

<sup>1238</sup> Sobre o tema, cf. HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger*, em *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 12, 21.März.1990, pp. 737-743. O Autor explica que esta categoria de médicos surgiu numa época em que ainda não havia quantidade suficiente de hospitais e em que os existentes não possuíam as condições e capacidade de hoje em dia.

<sup>1239</sup> Sobre a questão, cf. também DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., ponto 681.

dúvidas na doutrina, designadamente na repartição de responsabilidade entre o hospital e o médico, em relação aos auxiliares de um e de outro.

Assim<sup>1240</sup>:

- a) Trata-se de um médico a quem o hospital conferiu o direito de tratar, nas suas instalações, os seus doentes, mas que não se encontra numa relação laboral para com o hospital;
- b) A atividade do médico consiste em tratamento ambulatorio, sendo feito o seguimento do paciente, não se confundindo com o caso em que o doente dá entrada no hospital, sendo aí tratado por um qualquer médico, que ele não escolhe<sup>1241</sup>.

O problema da responsabilidade coloca-se, em primeiro lugar, em relação aos auxiliares que trabalham com o médico: *são auxiliares deste, respondendo ele pela sua atuação, ou deverão ser considerados auxiliares do hospital?* A doutrina alemã avança várias teses para solucionar o problema<sup>1242</sup>:

- a) *Anstellungstheorie*, ou teoria do emprego: segundo este entendimento, responde aquele que tiver empregado os auxiliares. Se tal pessoa foi o próprio médico de ocupação, é este o responsável, se tiver sido o hospital, dever-lhe-é então ser imputada a responsabilidade. Em crítica, poder-se-ia dizer, com Franski, que tal resposta não corresponde ao conteúdo do contrato celebrado entre o paciente e o médico, além de que os serviços deste médico, que atua nesta qualidade, não são normalmente considerados serviços do hospital<sup>1243</sup>.

---

<sup>1240</sup> Sobre o tema, cf. também WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 35.

<sup>1241</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 737, salientando que, neste caso, o paciente tem liberdade de escolha do médico, mas não do hospital, uma vez que o médico tem uma relação ou contrato especialmente com determinado hospital.

<sup>1242</sup> Referidas por HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., pp. 740 e seguintes.

<sup>1243</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 740.

- b) Teoria da representação, nos termos da qual a responsabilidade é imputada à pessoa que aparece, objetivamente, como sendo *representada pelo auxiliar*.
- c) Teoria das funções usuais: outro entendimento procura atender ao tipo de função exercida: se se trata de uma função própria do médico, seria este o responsável, já no caso de se tratar de funções usuais do hospital, deveria ser este último a responder. No entanto, também esta tese se revela inadequada, porquanto levaria a que o hospital não respondesse em relação a atos médicos subsequentes à atuação do médico de ocupação: p.ex., após o tratamento deste e enquanto o doente se encontra internado, ele necessita de uma transfusão de sangue, executada por um médico do hospital. De acordo com esta tese, pela atuação deste médico iria responder o médico de ocupação, quando nenhuma relação existe entre eles.
- d) Para outros, a responsabilidade compete ao médico no caso de o ato danoso provir de uma atividade principal inerente ao tratamento. Se ao invés se tratar de um ato acessório, a responsabilidade caberá ao hospital. Aceita-se também aqui a crítica de Franzski, já que a delimitação entre atividade principal e acessória de tratamento não é absoluta, nem na teoria nem na prática, até porque o próprio médico filiado também pode executar atividades acessórias, não fazendo sentido pensar que nesse caso o responsável por tais atos fosse o hospital<sup>1244</sup>.
- e) Outros entendem que se presume que responde a pessoa com quem o doente primeiro contactou: ou o médico, ou o hospital.
- f) Outros ainda defendem a aplicação de uma presunção de responsabilidade solidária do médico e do hospital. Parece-nos, contudo, acertada a crítica de Franzski: sem delimitar previamente que deveres competem ao médico e que deveres competem ao

---

<sup>1244</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger*, ob. cit., p. 741.

hospital, seria prematuro considerar que a responsabilidade de ambos é solidária<sup>1245</sup>. Com efeito, antes parece vigorar neste âmbito um princípio de *responsabilidade separada*.

Parece, com efeito, que sendo o contrato celebrado com o médico, deve ser este a responder pela atuação dos auxiliares, ainda que estes auxiliares sejam contratados pelo hospital<sup>1246</sup>. Ou seja, *o essencial será averiguar quem é o devedor da obrigação que foi, concretamente, incumprida: o médico ou o hospital*<sup>1247</sup>. O hospital será, por via de regra, responsável pela atuação ao nível do alojamento e da alimentação<sup>1248</sup>, bem como pelos tratamentos que são necessários mas que não podem ser providenciados pelo médico por si só, por carecerem de determinado equipamento específico (p.ex. injeções, radiações, transfusões de sangue, etc.)<sup>1249</sup>. Segundo Krüger, caso se trate de obrigações impostas tanto ao médico, como ao hospital, respondem ambos, como devedores solidários<sup>1250</sup>.

Também neste sentido se pronuncia Franzki, para quem se deve atender à pessoa que atuou: quando o médico atuou sozinho ou quando recorreu a um colaborador no âmbito da sua especialidade, deve ser o próprio médico a responder<sup>1251</sup>; ao invés, deve já responder o hospital pelos erros dos médicos do hospital, bem como pelo pessoal de assistência, quando estes tiveram de atuar<sup>1252</sup>.

Portanto, a melhor solução parece ser a seguinte: se estiver em causa a atividade contratada ao médico de ocupação, deve ser este a responder; pelos

---

<sup>1245</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger*, ob. cit., p. 741. Contudo, o Autor rejeita também a ideia de que entre o médico e o hospital haveria uma sociedade civil, na aceção do § 705 BGB, com vista à cura do doente e com a consequência de que todos os auxiliares seriam tanto auxiliares do médico, como do hospital.

<sup>1246</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger*, ob. cit., p. 742.

<sup>1247</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 87.

<sup>1248</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 35.

<sup>1249</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 87.

<sup>1250</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 35.

<sup>1251</sup> Assim também DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., ponto 681.

<sup>1252</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger*, ob. cit., p. 742.

serviços remanescentes, próprios do hospital, deve responder o próprio hospital<sup>1253</sup>. E isto será assim apesar de o médico poder dar instruções ao pessoal do hospital, o que não transforma este pessoal em seu próprio auxiliar<sup>1254</sup>.

No fundo, o que esta tese procura é delimitar o âmbito do contrato celebrado entre o paciente e o médico, por um lado, e o paciente e o hospital, por outro, entendimento que se nos afigura correto. Logo, o médico responde, nos termos § 278 BGB, pelos auxiliares, incluindo médicos, que ele próprio empregou, bem como por médicos do hospital e por aqueles que contratou para o substituírem na sua ausência, designadamente por motivo de férias e ainda pelos médicos que estão de serviço ou de plantão e que são chamados a atuar em relação àquele doente<sup>1255</sup>.

Já o hospital responde quando os seus órgãos ou pessoal atuaram, causando dano ao doente, como p.ex. quando uma enfermeira se esqueceu de um objeto no interior de um paciente durante a cirurgia, ou quando deu uma injeção errada, uma vez que neste caso atuou como sua auxiliar<sup>1256</sup>. Responde também pela chamada culpa na organização, nos termos dos §§ 31 e 89 BGB<sup>1257</sup>.

Diferentemente, no caso do chamado *contrato total* de hospital (*totaler Krankenhausvertrag*), no âmbito do qual o hospital se obriga, perante o paciente, a realizar todos os tratamentos necessários, então o hospital responde, pelo § 278 do BGB, pela atuação de todas as pessoas das quais se serve para o

---

<sup>1253</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 742.

<sup>1254</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 742, esclarecendo ainda que as instruções dadas pelo médico o são na aceção do § 317 BGB.

<sup>1255</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 742. O Autor assinala, por exemplo, que o médico responde pela atuação do médico do hospital que é chamado a prestar primeiros socorros ao doente, por este estar com uma hemorragia.

<sup>1256</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 743.

<sup>1257</sup> HARALD FRANZKI, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhaussträger*, ob. cit., p. 743, dando como exemplo a falta de pessoal, falta de higiene ou utilização de auxiliares inexperientes.



cumprimento das suas obrigações, incluindo pela atuação do próprio médico<sup>1258</sup>  
<sup>1259</sup>.

XXVI. O § 278 do BGB aplica-se ainda à responsabilidade do empregador, pelos danos causados a clientes, seus credores, por causa de uma greve ilícita, ainda que o caso seja discutido a propósito das greves gerais<sup>1260</sup>.

A opinião majoritária atual parece ir no sentido de que, em caso de greve geral, o empregador apenas responde se não tiver, culposamente, tomado as medidas razoáveis de prevenção, que podem incluir a não aceitação de uma determinada encomenda, p.ex.<sup>1261</sup>.

Wolfgang Krüger, por seu turno, parece defender a aplicação do § 278 do BGB em qualquer caso de greve<sup>1262</sup>: a seu ver, é de atender ao disposto na Constituição alemã, aplicável também a uma relação de fornecimento de Direito privado.

XXVII. Como já foi referido, verifica-se a tendência para expandir o âmbito de aplicação do § 278 BGB ao domínio extracontratual, designadamente através da criação e desenvolvimento de deveres acessórios da prestação principal<sup>1263</sup>, relativos à segurança e à informação<sup>1264</sup>. Assim, considera a doutrina alemã que *qualquer relação semelhante à obrigação que possa ser cumprida* deve ser incluída no âmbito de aplicação deste preceito, nomeadamente no que concerne aos deveres de atuação pré-contratuais<sup>1265</sup>.

---

<sup>1258</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 87. Exceção feita ao caso dos médicos que atuem como representantes ou órgãos da pessoa coletiva, a que se aplica o § 31 do BGB.

<sup>1259</sup> Assim também DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., ponto 681.

<sup>1260</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 19, alínea e).

<sup>1261</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 19, alínea e).

<sup>1262</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 19, alínea e).

<sup>1263</sup> Assim se consegue, como assinala, HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340, aplicar o § 278 num âmbito muito alargado, onde, se assim não fosse, apenas teria aplicação o § 831.

<sup>1264</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 26.

<sup>1265</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340.

A jurisprudência dos tribunais superiores defende que a aplicação do § 278 BGB requer, ao menos, uma relação especial (*Sondernverbindung*) entre o devedor e o terceiro, ainda que o dever a que aquele se encontra vinculado seja um dever de segurança no tráfego<sup>1266</sup> <sup>1267</sup>. Assim, na ausência de tal prévia relação, o regime aplicável teria de ser o do § 831 BGB.

Parece então registrar-se, no ordenamento jurídico alemão, uma tendência para *objetivar* a responsabilidade do devedor, procurando abrir o âmbito do § 278 BGB e recusando em simultâneo a aplicação do § 831 BGB<sup>1268</sup>.

Seguindo os exemplos referidos por Westermann:

- a) G encontra uma carteira e incumbe a sua empregada, H, de levar a mesma ao depósito de perdidos e achados e, no caminho, por negligência grave de H, esta perde a carteira, caso em que G responderia nos termos dos §§ 966, 968<sup>1269</sup> e 278 BGB<sup>1270</sup>.
- b) Um outro exemplo: o proprietário E celebra um contrato com o canalizador G, para este reparar um fogão da casa de banho. G envia o seu ajudante H, que, culposamente, comete um erro, do qual resulta a explosão do fogão, ferindo D, empregada de E<sup>1271</sup>. Neste caso, G responde, como devedor, pelos atos do E em relação à reparação do fogão. Quanto aos ferimentos de D, em princípio, G deveria somente responder nos termos do § 831 BGB. Contudo, atendendo às dificuldades de responsabilização nos termos deste preceito – que permite, desde logo, o afastamento da responsabilidade por elisão da presunção de culpa – a jurisprudência considera que os deveres de atuação do devedor se estendem *a todos os que tenham contato com o*

---

<sup>1266</sup> Neste sentido, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 179.

<sup>1267</sup> Sobre estes, cf. HANS STOLL, *Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1961, em especial as pp. 275 e seguintes.

<sup>1268</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 181.

<sup>1269</sup> Os §§ 965 e seguintes do BGB são referentes aos achados, determinando o § 966 que o achador tem o dever de custódia e o § 968 que o achador responde em caso de negligência grave.

<sup>1270</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340.

<sup>1271</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340.

*objeto da obrigação*, alargando assim o âmbito obrigacional a D, empregada do credor, com a consequente aplicação do § 278 BGB.

- c) O mesmo acontece no âmbito do contrato de locação, em que a doutrina alemã admite a extensão dos deveres do senhorio a *todos os que coabitam com o inquilino*<sup>1272</sup>. De fato, o BGB estabelece, no § 540, que caso o locatário confira o gozo da coisa locada a um terceiro, responde pelos danos que este, culposamente, causar, independentemente de a utilização pelo terceiro ter sido ou não autorizada pelo senhorio<sup>1273 1274</sup>. Para Esser e Schmidt, trata-se de uma responsabilidade assente nos deveres de proteção existentes entre as partes<sup>1275</sup>.

Os problemas de aplicação do § 831 BGB são resolvidos através de uma interpretação *extensiva* ou *complementar* do § 278 BGB, que procede à ampliação do objeto da obrigação, estendendo-o a todos quantos tenham contato com o mesmo<sup>1276</sup>. Contudo, este não é o único caminho possível. Alguma doutrina alemã assinala também a possibilidade de recurso ao § 328 BGB, referente ao contrato a favor de terceiros, em que o terceiro lesado pode adquirir ele mesmo o direito a agir contra o devedor<sup>1277</sup>.

XXVIII. A doutrina alemã considera ainda que o § 278 BGB é aplicável em caso de culpa *in contrahendo*<sup>1278 1279 1280 1281</sup>, não se aplicando aqui, portanto, o

---

<sup>1272</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340.

<sup>1273</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht II*, ob. cit., pp. 165 e seguintes.

<sup>1274</sup> FRITZ ZUNFT, *Erfüllungsgehilfen und vertrag zugunsten Dritten im Mietrecht*, ob. cit., pp. 373 e seguintes.

<sup>1275</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 99.

<sup>1276</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340.

<sup>1277</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 340.

<sup>1278</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1279</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 341.

<sup>1280</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 448.

disposto no § 831 BGB<sup>1282</sup>. Tal aplicação é sustentada mesmo que as negociações preliminares não conduzam, em definitivo, à celebração do negócio<sup>1283</sup>, e, bem assim, quando o auxiliar abuse da sua posição durante as negociações.

Por isso, alguma doutrina critica a decisão do BGH, adotada no seguinte caso: um inspetor municipal transferiu dinheiro destinado a assistência social para a sua própria conta, tendo o tribunal considerado que não estava abrangido pelo § 254/II/2 BGB, logo, não era auxiliar do município, na sua relação com o banco<sup>1284</sup>.

Assinale-se que a Reforma do BGB de 2001/2002 regulou a matéria da culpa *in contrahendo* no § 311, determinando, no seu ponto 2, que uma relação obrigacional também pode surgir a partir da assunção de negociações contratuais ou da preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, concede à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou ainda quando dá azo a contratos semelhantes a negociais<sup>1285</sup>.

Destarte, o § 278 do BGB considera-se hoje em dia aplicável às seguintes situações<sup>1286</sup>:

- a) Explicações falsas / incorretas, dadas por um vendedor júnior de uma sucursal de venda de automóveis em relação ao comprador de um veículo em segunda mão, que aquele tinha comprado previamente;
- b) Transferência de dinheiro alheio para a conta própria, por uma empregada bancária;

---

<sup>1281</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891.

<sup>1282</sup> Assim, cf. DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 370.

<sup>1283</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1284</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 341.

<sup>1285</sup> A tradução é feita em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 112.

<sup>1286</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 341.

- c) Falsificação de uma ordem de transferência por um funcionário do administrador de insolvência, ao qual competia preencher os formulários de transferência;
- d) Dolo ou engano a um cliente do banco, na mediação de um negócio de crédito, pelo gerente de uma filial do banco;
- e) Burla de seguro pelo auxiliar de negociações do segurado (ainda que o assassinato do segurado, pelo auxiliar, faça parte do plano).

XXIX. Uma importante questão discutida pela doutrina alemã é a de saber se o § 278 BGB tem aplicação nos casos em que o auxiliar causou o dano apenas *por ocasião* do cumprimento. Antes disso, porém, a questão de saber se o auxiliar atuou no cumprimento ou por ocasião do cumprimento releva igualmente para aferir da culpa do lesado, por força da remissão do § 254 para o § 278 do BGB: assim, deve ser imputada ao banco a responsabilidade se um funcionário seu apenas examinou, superficialmente, a autenticidade de um cheque, que veio a apurar-se ser falso<sup>1287</sup>.

Com efeito, o § 254/II do BGB, referente à culpa do lesado, determina que o lesado também pode ter culpa por não ter avisado o devedor de um determinado perigo inusual, desde que este não tivesse de ter em atenção tal perigo específico, concluindo por uma remissão para o § 278 do BGB, aqui aplicável.

No entanto, esta norma suscita um conjunto de dúvidas, referidas por Esser e Schmidt<sup>1288</sup>:

- a) O § 254 BGB aplica-se quando já se concluiu pela existência de um direito a indemnização?
- b) A remissão para a aplicação do § 278 BGB é somente para auxiliares, ou também para o representante legal?

---

<sup>1287</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 342.

<sup>1288</sup> Assim, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 265.

Para estes Autores, não há que confundir a lógica do § 278 com a do § 254: no § 278, está em causa a divisão de trabalho e o consequente risco pela utilização de terceiros no cumprimento; já no § 254, a questão é diversa e a remissão para o § 278 visa apenas o recurso à ideia de ampliação da compensação, ou seja, da eventual redução da indemnização<sup>1289</sup>. O que explica, para estes Autores, que apenas a segunda parte do § 254 remeta para o § 278, e não também a primeira parte, ao qual aquele dispositivo será, por conseguinte, inaplicável<sup>1290</sup>.

Não obstante, Esser e Schmidt sublinham que o *risco de custódia* se encontra abrangido na primeira parte do § 254 do BGB: ou seja, se o lesado entregar a um terceiro a coisa e se por culpa deste a mesma ficar deteriorada, o lesado responde, pelo § 254/I, não tendo aqui aplicação o § 278. O que não é o mesmo que aplicar a segunda parte do § 254, em que o pessoal do lesado, embora sem custódia da coisa, teve a oportunidade de influir negativamente no seu âmbito de proteção<sup>1291</sup>.

Os Autores consideram ainda que a remissão para o § 278 refere apenas a ação dos auxiliares, e não a do representante legal, concluindo que *a comparticipação do representante legal não traz prejuízo ao lesado / representado*<sup>1292</sup>.

De notar que, em princípio, a culpa conjunta do auxiliar e de terceiro não conduz à aplicação do § 254 BGB, equivalente à culpa do lesado. Assim acontece, segundo Westermann, nos seguintes casos<sup>1293</sup>:

- a) O padeiro G ordena ao seu aprendiz H que vá entregar um bolo a um cliente, sendo que no percurso o bolo é destruído por culpa de H e de X;
- b) A criança K é atropelada pelo ciclista R mas M, mãe de K, poderia ter evitado o acidente.

---

<sup>1289</sup> Assim, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 265.

<sup>1290</sup> Assim, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 265.

<sup>1291</sup> Assim, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 265.

<sup>1292</sup> Assim, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 266. Acrescentam, por isso, que é essa a razão que justifica que o § 831 não faça menção ao representante legal pois, se o fizesse, isso só por si permitiria excluir a presunção de culpa, já que o agente seria inimputável.

<sup>1293</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

Ora, a jurisprudência alemã considera que, para aplicar o § 254 BGB, é necessário que haja uma obrigação entre o causador do dano e o lesado, de modo a que se possa então falar em co-responsabilidade do auxiliar do devedor. Caso contrário, a norma aplicável deverá ser o § 831<sup>1294</sup>.

Assim, no caso supra, a jurisprudência consideraria X responsável perante G pela totalidade do dano<sup>1295</sup>.

XXX. O âmbito de aplicação do § 278 BGB é determinado pelos seus próprios termos. Assim, o devedor responde tanto pela atuação de (a) representantes legais, como de (a) auxiliares, *como se ele próprio tivesse atuado*<sup>1296</sup>.

*Auxiliar é a pessoa da qual o devedor se serve para o cumprimento da sua obrigação, ou seja, que foi introduzida pelo devedor no cumprimento*<sup>1297</sup>.

Para que o § 278 do BGB seja aplicável, é apenas necessário que<sup>1298</sup>:

- a) O terceiro seja *distinguível*;
- b) O credor possa depositar a sua confiança na atuação deste terceiro.

Assim, é preciso que haja um terceiro, que não é o próprio devedor, embora possa pertencer à organização deste e que atua na realização da prestação, sendo que a intervenção do terceiro é admitida pelo credor na lógica da confiança depositada no devedor.

A existência de vontade do devedor é fundamental para a imputação operada por este regime, de modo que, segundo Medicus, não se aplica o § 278 às seguintes hipóteses:

- a) G deixa o seu carro, danificado por S, na oficina de U. U reduz o carro a sucata, numa viagem de teste;

---

<sup>1294</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1295</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 342.

<sup>1296</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB. Zugleich einige kritische Bemerkungen zur geplanten Reform des § 831 BGB*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 170. Band, Vol. 170, 1970, p. 502.

<sup>1297</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

<sup>1298</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 5.

- b) S aceitou tratar o demente G. Num dia em que S não aparece, é substituído por U, que dá um medicamento errado a G, o qual em consequência disso, adoece gravemente.

Nestes casos, o S não responde pela culpa de U: no primeiro caso, S danificou uma coisa alheia, pelo que responde pelos danos causados, resultantes do acidente, mas não pelos atos do mecânico, que foi introduzido pelo próprio credor – G. O mesmo se aplica ao segundo caso, em que a intervenção de U não foi o resultado de introdução pelo devedor<sup>1299</sup>.

Pela mesma razão, o § 278 BGB também não se aplica quando um terceiro, não encarregado pelo devedor, cumpre a obrigação alheia, nos termos do § 267 BGB<sup>1300</sup>.

XXXI. Quanto à questão de saber se o devedor responde pelos atos do *auxiliar do auxiliar*, ou seja, auxiliares introduzidos pelo próprio auxiliar a que recorreu inicialmente, a doutrina distingue:

- a) Se o devedor conhecia e concordava com a introdução de outros auxiliares, ele responde pelo § 278 BGB;
- b) Se a introdução de auxiliares tiver sido efetuada contra a vontade do devedor, há atuação culposa do primeiro auxiliar, respondendo este pela atuação dos demais, mas não pelo § 278 BGB<sup>1301</sup>, uma vez que há incumprimento culposos da sua parte.

Assim, se o auxiliar tinha permissão para recorrer a outros auxiliares, estes consideram-se também auxiliares do devedor, ainda que não tenham sido diretamente introduzidos por este no cumprimento, já que a sua intervenção decorre do auxiliar que o devedor indicou<sup>1302</sup>. A situação não se confunde com aquela em que o auxiliar foi proibido de recorrer a outros auxiliares: aqui, o

---

<sup>1299</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

<sup>1300</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369.

<sup>1301</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 370.

<sup>1302</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.



devedor também responde, mas pela atuação ilícita do auxiliar, e não por uma atuação culposa do auxiliar do auxiliar<sup>1303</sup>.

XXXII. É discutível se o § 278 BGB tem aplicação quando o auxiliar é uma empresa que tem a seu cargo o *monopólio de certa atividade*, como os correios e os comboios. Para Medicus, mesmo que a atividade seja exercida em monopólio<sup>1304</sup>, o devedor deve ainda assim responder<sup>1305</sup>, já que ele poderia, ele mesmo, optar por transportar a coisa<sup>1306</sup>. Assim, se nos termos acordados o devedor responde pela entrega da coisa, ele quase sempre terá de recorrer a auxiliares, devendo nessa medida responder pela respetiva atuação.

Este é também o entendimento corrente na doutrina: o § 278 do BGB aplica-se, mesmo que o meio a que o devedor recorre para o cumprimento implique a utilização de comboios, correios<sup>1307</sup> <sup>1308</sup> ou instituições de crédito, desde que o faça no âmbito do cumprimento de uma sua obrigação<sup>1309</sup>.

Assinale-se no entanto que este entendimento não é unânime. Segundo Lüderitz, a situação de monopólio é relevante, pelo que o devedor não deverá, na sua opinião, responder, pelo § 278 BGB, ainda que seja obrigado a recorrer a certo auxiliar<sup>1310</sup>. Isto porque, segundo este Autor, o devedor não podia influenciar a atuação do auxiliar, p.ex. os correios, além de que o recurso a este meio é, em regra, o mais económico e o mais seguro, pelo que o credor não poderia esperar que o devedor respondesse por tal atividade. Neste sentido, também para Enneccerus, não se consideram auxiliares de cumprimento, para

---

<sup>1303</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 821.

<sup>1304</sup> Também assim, cf. WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 29.

<sup>1305</sup> Também neste sentido, cf. HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>1306</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371.

<sup>1307</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 90.

<sup>1308</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 351.

<sup>1309</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 820, sublinhando que tal ocorre mesmo quando o devedor utiliza meios eletrónicos para realizar o cumprimento, p.ex. através do recurso a dados informáticos.

<sup>1310</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 5.

efeitos do § 278 BGB, as pessoas que o devedor utiliza, com a conivência expressa do credor ou decorrente das circunstâncias da negociação, e em relação às quais o devedor não tem qualquer influência, como é o caso dos serviços de comunicações, correios, etc.<sup>1311</sup>.

Não obstante, como veremos melhor na análise no Direito positivo, parece-nos que a primeira posição é a preferível, já que efetivamente o devedor poderia optar por realizar ele mesmo a prestação, em vez de recorrer a um destes serviços. Ora, se optou por recorrer a tais serviços, deles beneficiando, são os mesmos auxiliares na realização da prestação a que o devedor se encontra obrigado.

XXXIII. A situação também se pode colocar em relação ao fornecimento de eletricidade: supondo que S deve executar um trabalho para G, para o qual necessita de energia, sendo que a energia da rede pública é cortada durante três dias: neste caso, coloca-se a questão de saber se o devedor entra em mora, ou seja, se a atuação da companhia de eletricidade é imputada ao devedor.

A mesma questão se coloca quando, devido a culpa de um dos seus trabalhadores, o devedor não pode usar o gerador próprio<sup>1312</sup>.

Nos termos do § 157 BGB, a interpretação do contrato deve indicar se o devedor também deve responder pela atuação do ajudante que não pode controlar<sup>1313</sup>, sendo que para Medicus, em princípio, isso não deveria acontecer, dado que o devedor não garantiu a atuação daquele terceiro.

Porém, diferentemente, S já responde se, em vez de recorrer à energia pública, utilizar um gerador próprio, que tiver avariado por culpa de um dos seus funcionários, aplicando-se aqui plenamente o § 278 BGB.

---

<sup>1311</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, p. 231, considerando haver aqui impossibilidade não culposa de cumprimento, nos termos do § 275 BGB.

<sup>1312</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371, sublinhando que não se trata de responsabilidade por garantia, pois o devedor não pretende de modo algum garantir o abastecimento público de energia.

<sup>1313</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371.

Situação diversa seria a de S ter, para além de abastecimento de energia pública, um gerador próprio, como segurança, e se tanto a energia pública como o gerador não estivessem a funcionar, caso em que S já não responderia pelo § 278 BGB<sup>1314</sup>.

XXXIV. Uma outra questão é a de saber se o devedor que fornece um determinado bem responde pela produção, defeituosa, do mesmo por força do § 278 BGB. Ou seja, aferir se esta norma é igualmente aplicável à responsabilidade do produtor, responsabilizando o vendedor pela atuação do produtor, como seu auxiliar<sup>1315</sup>?

Uma decisão judicial apreciou o seguinte caso<sup>1316</sup>: a tecelagem V forneceu um tecido, encomendado por K, de forma defeituosa, causando danos a K. O defeito resultou do mau trabalho de D, empregue por V na preparação do tecido. Segundo o Supremo, V não responde por D segundo o § 278 BGB, já que V não estaria obrigado ao fornecimento do tecido, mas somente, pelo § 651/I/1 BGB, à entrega direta do bem. Logo, D não teria sido introduzido por V na execução da sua obrigação – que seria, portanto, apenas a de entrega, e não a de produção do tecido<sup>1317</sup>.

A doutrina alemã discute a aplicabilidade do § 278 BGB aos contratos de compra e venda, em relação ao vendedor, procurando responder à seguinte

---

<sup>1314</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 372.

<sup>1315</sup> Sobre o assunto, cf. PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, em *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 33. Jahrgang, 1979, pp. 446 e seguintes. O Autor analisa a decisão do BGH de 9.2.1978, na qual se decidiu que o fornecedor de uma peça que se veio a constatar ser defeituosa não podia ser considerado auxiliar de cumprimento do empreiteiro, nas suas relações com o dono da obra. O Autor critica a decisão, ainda que também mostre hesitação em defender a solução contrária. Apesar de tudo, parece considerar que, se o auxiliar instalou diretamente a peça na obra do credor, então deve ser considerado auxiliar de cumprimento do empreiteiro. Invoca como argumento as próprias expectativas do credor, que, quando contrata um serviço, conta que todas as pessoas empregues pela contraparte na concretização deste são seus auxiliares, uma vez que eles se apresentam como tal perante a sua pessoa.

<sup>1316</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 372.

<sup>1317</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 372.

questão: *o vendedor responde por culpa do produtor, como se fosse própria*<sup>1318</sup>? Porém, note-se que, hoje em dia, esta questão já não é muito relevante, atendendo à legislação sobre responsabilidade (objetiva) do produtor.

Para alguma doutrina, o produtor deve ser considerado auxiliar do vendedor, inserindo-se assim a própria produção nos deveres do vendedor, o que sem dúvida tem em vista facilitar o exercício dos direitos do comprador em caso de compra de coisa defeituosa<sup>1319</sup>. Neste sentido, enuncie-se a opinião de Wolfgang Krüger, que considera haver bons motivos para considerar o produtor como auxiliar do vendedor, desde logo<sup>1320</sup>:

- a) O fato de o vendedor atuar como profissional;
- b) A circunstância, inegável, de o vendedor estar em melhor posição para acionar o produtor, através de direito de regresso;
- c) A possibilidade, que apenas o vendedor tem, de retirar o produto do mercado, o que pode constituir até um meio de pressão sobre o produtor, para modificação dos métodos de fabrico.

Por isso, considera que não é relevante se o auxiliar atua *antes ou depois do nascimento da obrigação*: o que releva é apenas aferir se a obrigação do devedor também abrange essas atividades anteriores ao nascimento da obrigação, para o que é necessária uma tarefa de interpretação<sup>1321</sup>.

Neste sentido se pronunciou o RG, numa decisão de 21.9.1923, nos termos da qual o fornecedor deve ser considerado auxiliar de cumprimento do vendedor quando, por indicação deste, entrou em contato direto com o comprador final da mercadoria (p.ex., um fornecedor que fornece a mercadoria diretamente ao consumidor final)<sup>1322</sup>. Neste caso, um terceiro – fornecedor – entregou a mercadoria diretamente ao comprador, mas para cumprir uma

---

<sup>1318</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., pp. 372 e seguintes.

<sup>1319</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1320</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 4.

<sup>1321</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 23.

<sup>1322</sup> Sobre esta decisão, cf. PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 446.

obrigação sua perante o vendedor e ainda assim o tribunal terá considerado aplicável o § 278 BGB.

Diferentemente, a maioria da doutrina propende para considerar que o produtor não é auxiliar do vendedor<sup>1323</sup>, já que a venda nada tem que ver com a produção<sup>1324</sup>, na medida em que acontece num momento anterior ao nascimento da obrigação do vendedor<sup>1325</sup> 1326. O comprador terá direito de atuação contra o produtor, mas em termos delituais. Só não será assim se o próprio vendedor tiver introduzido o produtor no cumprimento da sua obrigação de entrega, p.ex. no âmbito do § 433/I do BGB. Assim, entende-se que os produtores não são auxiliares de cumprimento do vendedor, a menos que este mesmo os tenha introduzido na fase preliminar do contrato<sup>1327</sup>.

De um modo geral, os estudiosos deste tema propendem para recusar a aplicação do § 278 BGB, com o argumento de que o produtor não estaria a ser introduzido pelo vendedor no cumprimento da sua obrigação, uma vez que a obrigação do vendedor é a obrigação de entrega, que apenas se constitui posteriormente à produção do bem.

Medicus, contudo, afirma que este argumento não convence, já que o vendedor também beneficia com a divisão de trabalho e do emprego de terceiros, mesmo que isso aconteça antes da celebração singular de contratos de compra e venda<sup>1328</sup>. De acordo com este Autor, a solução depende da consideração das *práticas ou usos comerciais*, diferenciando entre<sup>1329</sup>:

---

<sup>1323</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 85; HANS STEHLING, *Beiträge zur Lehre des § 278 B.G.B.*, ob. cit., pp. 27 e seguintes.

<sup>1324</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822.

<sup>1325</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>1326</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 446, considera que esta é uma argumentação algo formal.

<sup>1327</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>1328</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 372.

<sup>1329</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 372.

- a) O vendedor que se apresenta apenas como *distribuidor*, nada tendo a ver com a produção e o controlo da própria mercadoria, sendo que neste caso o produtor nunca pode ser considerado auxiliar do vendedor<sup>1330</sup>;
- b) O vendedor que apresenta um conhecimento profissional específico, sendo remunerado por esse fato, ou seja, o chamado comércio especializado<sup>1331</sup>, em que se exige do vendedor um controlo ou exame próprio com vista a aferir da existência de algum defeito ou vício aparente na mercadoria<sup>1332</sup>.

No segundo caso, tendo o vendedor confiado noutras pessoas – produtor, grossista – ele responde por estes, como seus auxiliares, nos termos do § 278 BGB<sup>1333</sup>. Saliente-se no entanto que este entendimento é substancialmente diferente do adotado pela generalidade da doutrina alemã.

Por sua vez, Esser e Schmidt parecem discordar da tese anterior, ao afirmar que a doutrina dominante rejeita a aplicação do § 278 do BGB ao produtor, ou seja, recusa a qualificação do produtor como auxiliar do devedor e ao concluir que tal recusa é tão certa, como errada, uma vez que passa ao lado do ponto essencial: *no caso não se discute quem deve e quando deve ser feita a entrega da coisa vendida*<sup>1334</sup>. Contudo, admitem que o produtor possa ser responsabilizado numa situação em que haja a intervenção de uma organização de venda que seja juridicamente autónoma, embora dominada pela produtora, p.ex. na forma de uma sociedade de responsabilidade limitada<sup>1335</sup>.

---

<sup>1330</sup> Assim também DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., ponto 693. No entanto, se o devedor se obrigou primeiro a produzir o bem trata-se não de compra e venda mas antes de empreitada, o que já levará a solução diferente.

<sup>1331</sup> A expressão utilizada é *Fachgeschäft*. Cf. DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 373.

<sup>1332</sup> Trata-se, como assinala PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 449, do caso de uma loja especializada, em que é exigível ao vendedor a realização de um exame da mercadoria, pelo menos com vista a averiguar da existência de *defeitos aparentes*. Se estes comerciantes não fizerem esse exame, seja por negligência, seja porque confiam nos produtores, devem responder pelo produtor nos termos do § 278 BGB.

<sup>1333</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 373.

<sup>1334</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., pp. 92 e 93.

<sup>1335</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 93.

Na perspectiva destes Autores, o problema que se coloca não tem a ver com a obrigação de entrega da coisa vendida, mas sim com *uma má execução e as consequências danosas desta má execução*. É certo que o vendedor apenas deve a entrega da coisa, e não a produção da mesma. Contudo, se se pensar somente na entrega, todo o regime de violação positiva do contrato deixaria de fazer sentido<sup>1336</sup>. Por isso, os Autores concluem que *recusar a aplicação do § 278 BGB ao produtor com base na ideia de que não está em causa a obrigação de entrega é um raciocínio formal e difícil de entender*<sup>1337</sup>. Sublinham, ainda, a existência de múltiplos interesses económicos que, de certo modo, contribuem para *dificultar* a decisão. Assim, em princípio, a produção não quer ter relações com o comércio, mas a verdade é que nem sempre esta pretensão vai ao encontro das legítimas expectativas dos clientes: por que motivo separar a produção da distribuição dos produtos, quando o Direito dos contratos há muito consagra a responsabilidade por cumprimento defeituoso<sup>1338</sup>?

Também Rathjen discute a solução a dar ao caso, com base no seguinte exemplo: X e Y comem num restaurante a mesma refeição e ficam doentes, constatando-se que o cozinheiro utilizou ingredientes que estavam estragados. A refeição de X tinha sido encomendada previamente a ser confeccionada, contrariamente à de Y, que foi pedida depois de a comida já estar confeccionada. Para este Autor, se se entender que a produção ocorre num momento anterior e por isso o § 278 não se aplica, a consequência é que X teria direito a indemnização e Y não teria<sup>1339</sup>. Porém, o Autor considera que este obstáculo *temporal* pode ser ultrapassado com base na ideia que o vendedor, para o cumprimento do seu próprio dever, lançou mão a recursos já existentes e que,

---

<sup>1336</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 93.

<sup>1337</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 93.

<sup>1338</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 94. Sublinham no entanto que o problema já não se coloca com tanta acuidade a partir do momento da lei sobre a responsabilidade do produtor.

<sup>1339</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 449.

por isso, responde ainda pelos riscos da produção, o que considera estar ainda abrangido pelo fim da norma<sup>1340</sup>.

O entendimento que nos parece preferível é, ainda assim, o maioritário. Com Westermann, apenas quando o produtor seja auxiliar do vendedor se pode aplicar o § 278 BGB<sup>1341</sup>: p.ex., supondo que K compra uma motorizada a G e, em consequência de um defeito na direção, K sofre uma queda, sendo que o defeito era devido aos empregados do produtor H, que atuaram culposamente. Se G, vendedor, respondesse perante K, comprador, pela atuação culposa do pessoal de H, produtor, pelo § 278 BGB, então K teria direito a uma indemnização por parte de G, o qual, por seu turno, poderia exigir o regresso a H. Caso contrário, H apenas responderia pela violação de deveres de cuidado, nos termos gerais, pelo § 831 BGB. Por conseguinte, por via de regra, o produtor não pode ser considerado auxiliar do vendedor.

Ainda para Westermann, deverá ser considerada suficiente *uma qualquer introdução* por parte do vendedor em relação ao fornecedor no cumprimento da obrigação para se aplicar o § 278 BGB. Assim, parece de sustentar a aplicação do § 278 BGB quando o vendedor encomenda, depois da conclusão do contrato de compra e venda, a mercadoria ainda por produzir ao fornecedor, caso em que este se apresenta, manifestamente, como auxiliar<sup>1342</sup>. Como este Autor assinala, o dever de controlo ainda não existe no momento da *introdução do produtor*, já que a compra e venda não está ainda celebrada nessa hipótese<sup>1343</sup>.

Também Lüderitz assinala que, hoje em dia, é pacífico que o § 278 BGB não se aplica, em princípio, para responsabilizar o vendedor perante o comprador pela atuação do produtor<sup>1344</sup>. O Autor faz um contraste esta situação e os casos de monopólio, em que considera ser de aplicar o § 278, para concluir que esta regra abrange somente uns, mas não todos os casos da divisão de

---

<sup>1340</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 449.

<sup>1341</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1342</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1343</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

<sup>1344</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 4.



trabalho: portanto, a intromissão de um auxiliar, no próprio interesse, não justifica a responsabilidade por auxiliares, mas também não a exclui<sup>1345</sup>.

Igualmente Larenz considera que o produtor não é considerado auxiliar do vendedor, entendimento que vai ao encontro da modernização do Direito das obrigações alemão<sup>1346 1347</sup>. A explicação é simples e decorre da ordem cronológica das coisas, uma vez que a produção já existe antes da compra<sup>1348</sup>. Não obstante, parece haver alguma hesitação quanto ao fundamento do § 278 BGB, afirmando-se que este pretende proteger o credor, neste caso o comprador, da exclusão da responsabilidade decorrente da divisão do trabalho, pelo que esta finalidade deveria ser obtida mesmo que a atividade do auxiliar anteceda, no tempo, o nascimento do direito<sup>1349</sup>. Ainda assim, a conclusão parece ser a de que não se pode acrescentar ao equilíbrio da divisão do trabalho previsto no § 278 BGB a divisão de funções entre produção e comércio, na medida em que o vendedor apenas tem a obrigação de entregar a mercadoria, o que não tem relação com a produção<sup>1350</sup>.

Nesta linha, a lei alemã prevê hoje a responsabilidade objetiva do produtor (*ProdHaftG*), tornando desnecessário o eventual recurso ao § 278 BGB<sup>1351</sup>.

XXXV. Em contrapartida, a doutrina parece já admitir a responsabilidade do vendedor em relação ao fornecedor auxiliar, quando aquele se serve do manual de instruções ou de utilização<sup>1352</sup>, elaborado por este último, para cumprir a sua própria obrigação de informação, principalmente em caso de

---

<sup>1345</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 4.

<sup>1346</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>1347</sup> Sobre esta reforma, cf. ainda ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 156 e seguintes.

<sup>1348</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>1349</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>1350</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>1351</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>1352</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 31.

equipamentos e máquinas específicas perante o comprador e aquele manual apresenta deficiências ou insuficiências<sup>1353</sup>.

XXXVI. Outro caso interessante é o dos leilões realizados na Internet, em que se coloca a saber *se a entidade que organiza o leilão responde por eventuais defeitos do produto leilado*. Em princípio, descobrindo-se, a final, que o objeto leilado era, p.ex., falso, o leiloeiro não responde: ou seja, não se considera que o anunciante do objeto seja auxiliar do leiloeiro, para efeitos do § 278 do BGB. O leiloeiro apenas responderá, nessa hipótese, na medida em que ele próprio tenha atuado com culpa<sup>1354</sup>.

XXXVII. A partir dos Anos 90, verificou-se uma tendência para o alargamento do âmbito de aplicação do § 278 do BGB, em especial devido ao desenvolvimento do Direito civil europeu, entendendo-se que<sup>1355</sup>:

- a) A instituição de crédito que mandata outra instituição para determinada operação de crédito responde pela atuação desta, que é considerada sua auxiliar;
- b) Desde 2002, o vendedor responde pelo comportamento do produtor, ainda que apenas segundo uma opinião minoritária.

XXXVIII. O devedor responde perante o credor, mesmo que o terceiro, auxiliar, realize um trabalho para o próprio devedor, e não diretamente para o credor<sup>1356</sup>.

Assim, de acordo com a jurisprudência alemã, se o inquilino vendeu um cofre e o comprador assumiu a obrigação de o ir buscar ao domicílio daquele, sendo que os transportadores contratados por este danificaram a casa do

---

<sup>1353</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 85.

<sup>1354</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 32.

<sup>1355</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 5.

<sup>1356</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 25.

senhorio, por descuido seu, o inquilino responde perante o senhorio pela atuação daqueles<sup>1357</sup>. Assim, apesar de terem sido contratados pelo comprador, os funcionários eram auxiliares do inquilino (vendedor)<sup>1358 1359</sup>, no âmbito dos seus deveres para com o senhorio, concretamente o dever de cuidar da coisa locada<sup>1360 1361</sup>.

XXXIX. *O auxiliar não necessita de conhecer a sua qualidade enquanto auxiliar*<sup>1362</sup>.

Por isso, os trabalhadores do arrendatário, em relação aos quais este concede o contato com a coisa locada, são auxiliares deste no cumprimento das obrigações para com o senhorio. Destarte, o arrendatário responde pelos eventuais danos que aqueles trabalhadores causem na coisa, pelo § 278 do BGB, uma vez que se serve deles no cumprimento do seu dever de cuidado e proteção da coisa<sup>1363</sup>.

Do mesmo modo, de acordo com a doutrina alemã, o § 278 do BGB aplica-se quando um empresário autoriza que os seus trabalhadores pernoitem num barracão, por ele arrendado ou emprestado, quando um dos seus trabalhadores, em estado de embriaguez, incendeia, de propósito, esse barracão<sup>1364 1365</sup>.

---

<sup>1357</sup> FRITZ ZUNFT, *Erfüllungsgehilfen und vertrag zugunsten Dritten im Mietrecht*, ob. cit., p. 379.

<sup>1358</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 85.

<sup>1359</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 32.

<sup>1360</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 820.

<sup>1361</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

<sup>1362</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1363</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

<sup>1364</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1365</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

XL. Os trabalhadores do senhorio, que realizam atividades no edifício arrendado, são considerados auxiliares do senhorio no âmbito do dever de cuidado que este tem perante os inquilinos<sup>1366 1367</sup>. Com efeito, a obrigação do senhorio de responder pelos defeitos da coisa inclui a possibilidade de estes surgirem no momento da execução do contrato, por atuação de terceiros (cf. § 536/I do BGB)<sup>1368 1369</sup>.

XLI. Pergunta-se ainda se o senhorio responde pelos atos de um arrendatário, perante outro arrendatário, através do § 278 BGB: *pode um arrendatário ser considerado auxiliar do senhorio?*

A doutrina fala aqui nas chamadas partes paralelas (*Nebenparteien*) e considera que, no que diz respeito às partes comuns do edifício, o arrendatário deve ser considerado auxiliar do senhorio<sup>1370</sup>.

Assim, já se considerou que um inquilino ao qual o senhorio autorizou a colocação de um fogão é considerado auxiliar do senhorio, perante os restantes inquilinos, se por sua culpa sucede um incêndio<sup>1371</sup>.

O mesmo se aplica, p.ex., no âmbito do contrato de trabalho: um trabalhador pode ser auxiliar do empregador, no cumprimento das obrigações deste perante outros trabalhadores<sup>1372</sup>.

Contudo, diferentemente, em posição que não acompanhamos, Enneccerus cita um caso em que se entendeu que o empregador não era

---

<sup>1366</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1367</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

<sup>1368</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 32.

<sup>1369</sup> FRITZ ZUNFT, *Erfüllungsgehilfen und vertrag zugunsten Dritten im Mietrecht*, ob. cit., pp. 381 e seguintes.

<sup>1370</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 30.

<sup>1371</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350, destacando, contudo, que o Supremo já decidiu em sentido inverso, que o inquilino ao qual o senhorio incumbiu do seu dever de limpeza não é auxiliar deste último.

<sup>1372</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 30.

responsável pelos danos causados por uma sua empregada de limpeza de uma fábrica, a qual, enquanto realizava o seu trabalho, lesou, por descuido, uma colega. Segundo esta decisão, a empregada não podia ser considerada auxiliar de cumprimento do empregador no cumprimento da obrigação imposta pelo § 618 BGB<sup>1373</sup>. De acordo com esta norma, o empregador teria o dever de tomar medidas de proteção dos trabalhadores, nomeadamente quanto aos instrumentos e equipamentos, condições de execução, etc., de forma a garantir que o trabalhador se encontra protegido contra perigos, sob pena de ter de indemnizar os danos sofridos.

Esta solução afigura-se-nos muito criticável. Com efeito, o empregador assume um conjunto de obrigações perante os seus trabalhadores (no caso português, nos termos do artigo 127.º CT), sendo que a atuação de outros trabalhadores, pelo menos quando estes se encontrem no exercício da respetiva atividade, não se mostra estranha ao cumprimento destes deveres. A questão que se poderá colocar será apenas a de saber se tais colegas são ou não considerados auxiliares de cumprimento, no sentido de terem sido introduzidos pelo empregador no cumprimento dos seus deveres. No entanto, atendendo à posição destes e ao relacionamento necessário entre os trabalhadores, parece-nos de responder afirmativamente a esta questão.

XLII. Nalguns casos especiais, é necessário observar determinados regimes, como já se referiu anteriormente. Assim, p.ex., o contrato de seguro é regulado por uma lei especial (VVG – *Versicherungsvertrag*), no âmbito da qual se determina que o segurado que confia a auxiliares uma atividade, respeitante ao bem segurado, não se serve deles para o cumprimento de qualquer obrigação perante o segurador, donde não responde, pelo § 278 do BGB, caso algum destes auxiliares danifique, por culpa sua, a coisa<sup>1374</sup>. No entanto, o

---

<sup>1373</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 231, nota 7.

<sup>1374</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 86.

segurado já responde, como se fosse por culpa própria, pela atuação do seu representante<sup>1375</sup>.

Destarte, ao abrigo do disposto nos §§ 28 e 81 da VVG, ao segurado não é imputada a atuação do auxiliar, mas somente a do representante. Assim, ele não responde pela culpa de pessoas que introduza em contato com o objeto segurado, uma vez que existem contratos de seguro especiais, através dos quais o segurado pode, querendo, assegurar-se contra a atuação de tais auxiliares. Trata-se, assim, de um regime especial em face do § 278 do BGB<sup>1376</sup>.

XLIII. O § 278 BGB imputa igualmente ao devedor a atuação dos seus representantes legais<sup>1377</sup>. Como salienta Schmidt, o legislador alemão considerava tão óbvia esta responsabilidade que acabou por abdicar da sua motivação.

Considera-se *representante legal*, na aceção deste artigo, todo aquele cujo poder de representação decorra da lei<sup>1378</sup>. Portanto, representante legal é qualquer pessoa à qual compete uma habilitação baseada na lei ou em disposição orgânica, que lhe permita atuar por terceiros<sup>1379</sup>.

São considerados representantes legais<sup>1380</sup>:

- a) Os pais, no exercício do seu poder paternal (§§ 1626 e seguintes BGB);
- b) Os tutores (§§1793 e seguintes BGB);
- c) O curador (§ 1902 BGB);

---

<sup>1375</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 86. Os Autores desenvolvem a questão a propósito do seguro contra roubos, considerando que o devedor, segurado, não é obrigado a fazer ele próprio a vigilância, pelo que não se aplica o § 278 do BGB à atuação do segurança que ele, eventualmente, contrate.

<sup>1376</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 11.

<sup>1377</sup> Sobre o tema, cf. CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 354.

<sup>1378</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, pp. 230 e 231.

<sup>1379</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894.

<sup>1380</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

- d) Os cônjuges, no exercício dos seus poderes de administração (§ 1357 BGB);
- e) O administrador de bens comuns (§ 1422 e seguintes BGB);
- f) O testamenteiro, enquanto representante legal do herdeiro.

Segundo alguma doutrina, devem ainda ser considerados neste âmbito<sup>1381 1382</sup> as pessoas que são designadas como tal em virtude de ocuparem um certo cargo<sup>1383</sup>:

- a) O administrador de herança;
- b) O administrador judicial;
- c) O administrador de insolvência
- d) O curador do ausente.

Diferentemente, as comissões de trabalhadores (*Betriebsrät*), com poderes de gestão, não são nem representantes legais nem auxiliares de cumprimento do empregador, de acordo com o entendimento dos tribunais<sup>1384</sup>.

As insuficiências do § 831 BGB e o consequente alargamento do âmbito de aplicação do § 278 BGB a certos comportamentos delituosos vieram dificultar a aplicação da norma aos atos do representante legal<sup>1385</sup>. Para Schmidt, no caso do representante legal é essencial diferenciar entre o âmbito obrigacional, em que o devedor responder, e o domínio delitual, em que, tratando-se de representante legal, é muito discutível a aplicação do § 278 BGB.

Com efeito, o representante legal assume significativas diferenças face ao auxiliar, já que aquele atua em substituição do devedor, como se fosse o próprio devedor e por impossibilidade jurídica deste, numa lógica de representação. O devedor representado não pode, por sua vez, participar no cumprimento.

---

<sup>1381</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

<sup>1382</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894.

<sup>1383</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 374.

<sup>1384</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894.

<sup>1385</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 514.

Acresce que não se pode falar aqui em culpa do devedor, uma vez que, por definição, a sua incapacidade impede a formação de um juízo de culpa. Assim, apenas o representante legal atua com culpa, no sentido de que lhe é imputável o dano.

XLIV. A afirmação da lei de que o devedor responde pela atuação do representante legal *como responderia por culpa própria* não deve, assim, ser lida de forma literal ou textual: mesmo quando o devedor seja inimputável, ele responde pela atuação do representante legal, isto é, pela culpa deste, como se de culpa própria se tratasse<sup>1386</sup>. Porém, se faltar a imputabilidade ao próprio representante legal, já não responde o devedor incapaz (§ 276/I/2 BGB)<sup>1387</sup>. Para além disso, o critério de determinação da culpa atende à pessoa do devedor, e não à do representante legal<sup>1388</sup>.

Assinalam-se algumas dificuldades de aplicação<sup>1389</sup>. Veja-se o seguinte caso: a criança K, de cinco anos, é devedora da entrega de um terreno a G. V, o pai de K, efetua a entrega, mas em mora, pelo que G exige indemnização de K, nos termos do § 286/I BGB.

Segundo Medicus, não se trata aqui de mora do devedor K, pelo § 285 BGB. K não é imputável, pelo que é insuscetível de um juízo de culpa, donde seria absurdo afirmar que K responde pela culpa de V como se se tratasse de culpa própria... culpa esta que K nunca teria! Assim, como salienta este Autor, apenas se pode concluir que K deve responder da mesma forma que V responderia se fosse o próprio V o devedor: *portanto, a K não pode ser imputada a*

---

<sup>1386</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

<sup>1387</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 354.

<sup>1388</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 354.

<sup>1389</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 373.



*culpa de V, mas antes e também a própria imputabilidade de V*<sup>1390</sup>. Situação esta que, de acordo com Medicus, é similar ao que se verifica na responsabilidade da pessoa coletiva pelos atos dos seus órgãos, nos termos do § 31 do BGB<sup>1391</sup>. Contudo, há uma diferença entre os §§ 31 e 278 do BGB: é que neste último a responsabilidade por dolo pode ser antecipadamente excluída, o que não se admite no § 31 BGB. Isso leva Medicus a concluir, à semelhança de Eike / Schmidt, que a analogia existente entre órgão e representante legal impede a aplicação do § 278/II BGB ao representante legal, fazendo assim uma interpretação restritiva desta norma<sup>1392</sup>.

XLV. Von Thur sublinha que para efeitos da interpretação do § 278 BGB, a noção de representação legal é meramente aparente, *“ya que entre los representantes legales por los cuales el deudor responde deben incluirse todas las personas a quienes incumbe la obligación legal de cuidar del cumplimiento de obligaciones ajenas; de lo contrario se llegaría a consecuencias inaceptables”*<sup>1393</sup>. Assim, o filho não responde pela culpa do pai nos termos do § 278 BGB, não obstante este, ao celebrar certo negócio, exercer o seu poder de representação (legal), na medida em que impende sobre si o dever de cuidar do património do filho.

XLVI. A maioria da doutrina alemã tem vindo a defender que o § 278 BGB apenas se aplica *se houver uma atuação culposa*<sup>1394</sup> *por parte do auxiliar*<sup>1395</sup>. Não obstante, a questão afigura-se duvidosa<sup>1396</sup>. P.ex., segundo Esser / Schmidt, neste ponto a redação do § 278 do BGB é equívoca e incompleta<sup>1397</sup>.

---

<sup>1390</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 373.

<sup>1391</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 373.

<sup>1392</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 374.

<sup>1393</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., p. 98.

<sup>1394</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 385.

<sup>1395</sup> Assim, cf. LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 231.

<sup>1396</sup> Entre nós, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 210, nota 443, assinala que enquanto o artigo 1228.º do *Codice Italiano* parece exigir a imputação

A admitir a primeira interpretação, esta será, então, uma diferença relevante em relação ao § 831 BGB:

- a) O condutor demente de uma grua pode dar azo à aplicação do § 831, na medida em que a imputação aqui é por fato próprio do dono do negócio, isto é, do comitente, que lhe atribuiu tal tarefa;
- b) O condutor demente de uma grua não possibilita a aplicação do § 278 BGB, uma vez que não é suscetível de um juízo de culpa.

Para aqueles que propugnam o entendimento inverso, é necessária a culpa do auxiliar, sob pena de ocorrer uma certa *desnaturação do princípio da culpa*<sup>1398</sup>. Nesta ótica, se nenhuma culpa puder ser atribuída ao auxiliar, o devedor apenas poderia responder, quanto muito, a título subjetivo, por culpa própria, na escolha, instruções ou vigilância.

Parece-nos que, no domínio obrigacional, o devedor também pode responder por culpa própria, embora nesse caso a sua responsabilidade siga os termos gerais, por ter recorrido a um auxiliar sem capacidade, a menos que a doença não fosse reconhecível por um homem médio<sup>1399</sup>. Porém, ele responderá igualmente, ao abrigo do § 278 BGB, ainda que não seja possível formar um juízo de culpa em relação ao auxiliar.

Como afirma Schmidt que “*Im Gegensatz zu § 831 BGB setzt die Zurechnung des «Gehilfenverschuldens» in § 278 BGB das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus*”<sup>1400</sup>. Portanto, a partir do momento em que existe uma obrigação, o devedor responde pelas ações de terceiros, desde que, se tivesse sido ele próprio a atuar, igualmente respondesse nos termos do § 276 BGB<sup>1401</sup>.

Schmidt salienta ainda que, em muitos casos, principalmente quando o contrato tem em vista a produção de uma coisa, uma boa parte da atividade é realizada antes da própria celebração do contrato. Ainda assim, a

---

do dano ao auxiliar, o mesmo não acontece no Direito Português, sendo já ambígua a situação do § 278 do BGB.

<sup>1397</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 94.

<sup>1398</sup> A explicação é de MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 210 e 211, nota 443.

<sup>1399</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 385.

<sup>1400</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 503.

<sup>1401</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 504.

responsabilidade do devedor existe, caso se verifique uma falha de execução por parte de um seu auxiliar neste processo. Com efeito, o que é decisivo não é o momento, mas a execução funcional, ou seja, os atos direcionados para o cumprimento: *“Nicht der Augenblick der obligationswidrigen Handlung ist demnach entscheidend, sondern das Faktum, daß diese funktionell Erfüllungshandlung sein sollte”*<sup>1402</sup>. Contudo, o Autor sublinha que isto não significa que se deva aplicar, a estes casos, o § 278 BGB, uma vez que medidas que deviam ter sido tomadas com vista à prevenção de danos não podem ser entendidas, *a posteriori*, como ações de execução de uma obrigação, ou sequer como ações que visam a diminuição do dano na aceção do § 254/II BGB. Portanto, o emprego de pessoas, da confiança do devedor, faz-se desde o início *por conta* do responsável, não necessitando por isso da aplicação do § 278 BGB: *“Der Einsatz von Vertrauenspersonen geschieht in dieser Beziehung von vornherein «auf Gefahr» des Sachzuständigen. Einer Anwendung des § 278 BGB bedarf es nicht.”*<sup>1403</sup>.

Assim, Schmidt conclui que a existência de culpa do auxiliar, exigida pelo § 278 BGB, requer que se esteja já no momento do cumprimento da obrigação, sendo aquele utilizado pelo devedor para esse mesmo cumprimento<sup>1404</sup>.

Por conseguinte, pode afirmar-se, com Westermann, que no regime previsto no BGB a responsabilidade dita *por fato de outrem* exige sempre culpa: ou a culpa do comitente, no § 831, ou a culpa do auxiliar no § 278, que a lei iguala à culpa do devedor, ou seja, fundamentando a responsabilidade deste na culpa do próprio auxiliar<sup>1405</sup>. Em bom rigor, no entanto, não podemos esquecer que o § 831 BGB não pode ser reconduzido a responsabilidade por fato de outrem, sendo antes uma previsão de responsabilidade por fato próprio.

XLVII. Como refere Medicus, não há apenas uma imputação da culpa do auxiliar ao devedor, mas antes *uma imputação do próprio comportamento em si*: a

---

<sup>1402</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 504.

<sup>1403</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., pp. 504 e 505.

<sup>1404</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 505: *“... des Schuldner der Hilfsperson zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient haben muß”*.

<sup>1405</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 385.

bitola para aferir se o comportamento do auxiliar é ou não culposos é a que se aplica ao devedor, ou seja, deverá ser aferido se aquele comportamento, projetado na pessoa do devedor, levaria à sua própria culpa<sup>1406</sup>.

Contudo, distingue-se<sup>1407</sup>:

- a) Se o devedor tiver uma qualificação superior à do auxiliar, deverá aplicar-se como critério a qualificação do devedor, de acordo com o critério objetivo previsto no § 276/II do BGB<sup>1408</sup>;
- b) Se o auxiliar tiver qualificação superior ao devedor, deverá ser considerada a qualificação do próprio auxiliar.

Esta diferenciação parece de acolher, sendo especialmente útil quando o auxiliar atua num âmbito de atividade específico, que exija conhecimentos especiais, que o próprio devedor não detém.

XLVIII. A exigência de culpa do auxiliar suscita, assim, muitas dúvidas na doutrina alemã. Com efeito, não sendo o auxiliar o devedor, não pode ele assumir responsabilidade obrigacional, ou seja, não pode o auxiliar cometer uma infração obrigacional<sup>1409</sup>. Assim, também neste ponto o que importa saber é responder à seguinte pergunta: *se tivesse sido o próprio devedor a atuar, seria ele responsável pelos danos sofridos pelo credor*<sup>1410</sup>?

A questão é, como sublinha Schmidt, de responsabilidade ou imputação do dano, e não propriamente de atuação *culposa* do auxiliar, apesar de a letra do § 278 BGB poder induzir em erro. O devedor é responsável ainda que o auxiliar não tenha culpa, desde que o dano lhe seja imputável. Assim, se o filho menor do arrendatário deixou uma torneira aberta e por isso danificou o imóvel arrendado, o arrendatário responde, apesar de não se poder falar em culpa do menor e sem que possa afastar a aplicação do § 278 BGB<sup>1411</sup>.

---

<sup>1406</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 188.

<sup>1407</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 188.

<sup>1408</sup> MARTIN JOSEF SCHERMAIER, §§ 276-278, em MATHIAS SCHMOECKEL / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: §§ 241-304, ob. cit., p. 1156.

<sup>1409</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 511.

<sup>1410</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 511.

<sup>1411</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., pp. 511 e 512.

Por conseguinte, *não se deve exigir aqui, em sentido próprio, uma atuação culposa do auxiliar do devedor*. O que acontece é que o comportamento do auxiliar é como que *projetado* na pessoa do devedor<sup>1412</sup>, tudo se passando como se tivesse sido o próprio devedor a executar a prestação<sup>1413</sup>, aferindo-se a atuação do auxiliar pelos critérios aplicáveis ao devedor<sup>1414</sup>.

Assim, se se puder afirmar que, se fosse o devedor a atuar, este não teria responsabilidade, então também não será o devedor responsável pela atuação do auxiliar ao abrigo do § 278 BGB. O grau de culpa atendível é portanto aquele que seria exigível ao próprio devedor<sup>1415</sup>, nos termos do § 276 do BGB.

Por outro lado, é de considerar que, nos negócios jurídicos em que o devedor seja responsável independentemente de culpa, em especial quando tenha assumido uma garantia ou determinado risco, deixa de fazer sentido a aplicação do § 278 BGB: com efeito, nessa hipótese, o devedor responde sempre, de qualquer forma, quer tenha ou não introduzido um auxiliar no cumprimento e independentemente da forma pela qual este se comportou<sup>1416</sup>.

XLIX. Relacionado com este problema, ou melhor, prévio a ele, é a seguinte questão: *é necessário que o auxiliar seja imputável?* O problema é analisado por Kupisch em especial em relação aos danos causados ao bem locado pelos filhos menores do arrendatário<sup>1417</sup>. Na verdade, o devedor responde, não obstante a eventual inimputabilidade do seu auxiliar.

Contudo, alguma doutrina parece exigir a imputabilidade do auxiliar, para efeitos de aplicação do § 278 do BGB, com o argumento de que o § 276

---

<sup>1412</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 97. Assim, a atividade do auxiliar deve cumprir o *Tatbestand* que faria com que o devedor fosse responsável. Por isso, o pessoal do devedor é considerado como se fosse a sua *mão direita*.

<sup>1413</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 512: "*Das Verhalten des «Gehilfen» wird gleichsam in die Person des Schuldners hineinprojiziert.*".

<sup>1414</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 90.

<sup>1415</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1416</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 342.

<sup>1417</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

determina a aplicabilidade dos §§ 827 e 828<sup>1418</sup>. Assim, o devedor responde por um auxiliar imputável; contudo, se durante o cumprimento o auxiliar padece de inimputabilidade, p.ex. devido a demência, causando, nesse estado, o dano ao credor, o devedor não responde pelo § 278<sup>1419</sup>.

Outros, porém, questionam este entendimento, considerando que o devedor deve responder também neste caso, com base na existência de risco. Parece ir nesse sentido o entendimento de Wolf, Esser / Schmidt e Larenz. Porém, é necessário aferir se não se trata aqui de uma responsabilidade por culpa própria do devedor, ou seja, de responsabilidade por ter escolhido mal ou instruído incorretamente o auxiliar<sup>1420</sup>.

Por hipótese, supondo que o auxiliar se embriagou e por isso, aquando do cumprimento, causou danos ao credor, sendo aplicável o § 827/II, ou seja, respondendo o próprio auxiliar em termos delituais (*actio libera in causa*), deve entender-se que, em termos obrigacionais, responderá também o devedor, pelo § 278 do BGB<sup>1421</sup>.

Um outro caso é o seguinte: admitindo que o auxiliar padece de uma doença súbita ou de incapacidade até então desconhecida. Como a culpa é apreciada com base na pessoa do devedor, este em princípio deve responder pelo § 278 BGB<sup>1422</sup>. Se, porém, houver culpa do devedor na escolha do pessoal, então responderá por culpa própria, nos termos do § 276 BGB. Por conseguinte, o § 278 BGB apenas se aplica se não era possível detetar aquela situação, ou seja, pelo risco da doença ou da incapacidade<sup>1423</sup>.

---

<sup>1418</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 343.

<sup>1419</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 343.

<sup>1420</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 343.

<sup>1421</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 343.

<sup>1422</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 97.

<sup>1423</sup> Assim, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 97.

L. Ao invés, os *defeitos* da pessoa do próprio auxiliar não constituem motivo para desresponsabilizar o devedor. Assim, p.ex., se o auxiliar padece de vertigens, razão pela qual causou o dano ao credor, o devedor responde, igualmente, pelo § 278 BGB.

Do mesmo modo, se o auxiliar for um aprendiz ou praticante, ainda assim a aferição da culpa é feita com base nos critérios aplicáveis ao próprio devedor<sup>1424</sup>. Por isso, o mestre de ofício responde pela má execução do aprendiz, mesmo que este último não possa ser considerado culpado, de acordo com os critérios gerais aplicáveis aos aprendizes, na medida em que o padrão para aferir da culpa é o que é aplicável ao devedor<sup>1425</sup>.

Porém, na situação inversa, i.e., supondo que o auxiliar é um especialista na sua área de atividade, o critério para aferir da culpa deverá atender às qualidades especiais do auxiliar. Isto explica que o proprietário de um hospital responda por um erro médico, não obstante aquele não tenha os conhecimento para executar ele mesmo a operação, bem como que o cliente responda pelos erros do advogado<sup>1426</sup>.

LI. Regra geral, tem-se considerado que o § 278 BGB não tem aplicação quando os danos sejam causados *por ocasião* do cumprimento<sup>1427</sup>, mas apenas quando o sejam *no cumprimento ou na execução da obrigação*<sup>1428 1429 1430</sup>. Esta

---

<sup>1424</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., pp. 97 e 98.

<sup>1425</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 342.

<sup>1426</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 343.

<sup>1427</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 232, dando como exemplo de responsabilidade do devedor o caso em que o auxiliar de um electricista, com uma escada, quebrar os candeeiros do credor. Ao invés, não haverá responsabilidade se o mesmo auxiliar, nesse momento, furtar um quadro ao credor.

<sup>1428</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, Gelsenkirchen, Verlag Dr. Mannhold, 1983, pp. 27 e seguintes, onde salienta no entanto que a própria doutrina reconhece alguma impropriedade às expressões *no cumprimento* e *por ocasião* do cumprimento.

<sup>1429</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

diferenciação permite, de certo modo, atenuar o risco pelo pessoal do devedor<sup>1431</sup>.

No entanto, tal como se verifica no ordenamento jurídico português, o auxiliar pode atuar contra as instruções do devedor: aliás, esta é precisamente uma das situações em que tipicamente se aplica este regime<sup>1432</sup>.

A dúvida da doutrina reside na expressão *zur Erfüllung*, contida no § 278 BGB. podendo esta sustentar uma diferenciação entre atos praticados *bei Erfüllung* e *gelegentlich Erfüllung*, ou seja, no cumprimento e por ocasião do cumprimento<sup>1433</sup>. No entanto, como a doutrina alemã também reconhece, saber se o auxiliar atuou no cumprimento ou por ocasião deste é uma questão que só pode ser evidenciada através de exemplos, porque se trata sempre de casos singulares<sup>1434</sup>, pressupondo sempre uma apreciação do caso concreto.

Para Lüderitz, o comportamento do devedor e o comportamento do auxiliar podem ser julgados de forma diversa quando se trata de delimitar o dever de garantia, pelo que em princípio o devedor não responde pelo comportamento do auxiliar que foi uma consequência totalmente invulgar da sua intromissão no âmbito da atividade contratualmente devida<sup>1435</sup>. Portanto, para este Autor, em princípio não há responsabilidade pelos danos causados por ocasião do cumprimento. Também Von Caemmerer parece reconduzir este regime à ideia de uma *Garantiehaftung*, respondendo o devedor pelo risco do seu próprio pessoal<sup>1436</sup>.

---

<sup>1430</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1431</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 823.

<sup>1432</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1433</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 505.

<sup>1434</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 340.

<sup>1435</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 7: “Schuldner und Gehilfenverhalten kann man jedoch dann unterschiedlich beurteilen, wenn man die Garantiepflicht einschränkt.”.

<sup>1436</sup> ERNST VON CAEMMERER, *Verschulden von Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., pp. 34 e 35.



Assim, p.ex., para aqueles que aceitem esta distinção, o cliente não responde pela atuação do seu advogado que, sem o conhecimento daquele, realiza o negócio de forma a fugir ao pagamento de impostos<sup>1437</sup>.

O principal problema coloca-se no caso habitual em que o auxiliar comete um furto<sup>1438</sup>. No entanto, note-se que nem sempre tem de ser assim, desde logo quando a obrigação assumida pelo próprio auxiliar seja a de vigiar ou realizar a custódia de determinada coisa. Assim, a empresa de vigilância, responde pelo furto cometido pelo seu segurança, nos termos do § 278 BGB, sem que haja aqui qualquer dúvida na doutrina<sup>1439</sup>.

LII. Vejamos primeiro a questão da inobservância das instruções do devedor. De acordo com a jurisprudência do BGH, é de aplicar o § 278 BGB aos seguintes casos<sup>1440</sup>:

- a) O devedor estava obrigado a realizar trabalhos de pintura na casa do credor e enviou o seu ajudante (auxiliar quase com o grau de mestre, dito *Geselle*). Durante o trabalho, o auxiliar colocou uma lata de tinta muito pesada e com isso tapou um cano de esgoto. Para tirar água

---

<sup>1437</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89.

<sup>1438</sup> A propósito da aplicação do § 831, o BGH decidiu, no seu Acórdão de 04.11.1953, disponível em

[https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1953-11-04/VI-ZR-64\\_52](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1953-11-04/VI-ZR-64_52), que um empresário que emprega, num terreno alheio, um número consideravelmente grande de funcionários durante um período de tempo relativamente longo, quando se conhece ou é evidente o perigo de furtos planeados nesse mesmo terreno por parte de tais empregados, é obrigado a tomar medidas para evitarm no que for possível, esses mesmos furtos, durante o tempo em que o trabalho durar. Decidiu ainda o tribunal que, se o empresário encarregou alguém da supervisão dos restantes trabalhadores, responde o empresário, pelo § 831 BGB, quando o encarregado omite essa supervisão. Estava em causa o furto de zinco de uma obra, realizado pelos trabalhadores e, segundo era invocado, pelo menos com o conhecimento do chefe de equipa, atendendo a que se tratava de tarefa que exigia algum tempo e escadas para aceder à cobertura. A questão residia em saber se o furto ocorrera *por ocasião* da execução do trabalho encomendado, que consistia num trabalho de demolição. O tribunal considera que não há aqui excesso no exercício da função, o que aconteceria, p.ex., se a demolição extravasasse o solicitado. Não obstante, mesmo considerando que o furto ocorreu por ocasião do exercício da função, o tribunal responsabilizou o comitente, com base em culpa própria, por não ter supervisionado a pessoa que encarregou de supervisionar os demais trabalhadores. Aceita ainda que, se tal tarefa de supervisão não tiver sido atribuída a ninguém, poderia ainda assim haver responsabilidade, por culpa na organização, aplicando-se os §§ 31 e 823 BGB.

<sup>1439</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., pp. 84 e 89.

<sup>1440</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., pp. 823 e 824.

fresca, de que necessitava para o trabalho, o auxiliar abriu a válvula principal da água que, mais tarde, não fechou, ao contrário da torneira do esgoto, que ficou fechada. Assim, ficou a sair água de uma torneira aberta, posicionada em cima do esgoto, que não podia escorrer por estar fechado, o que levou a uma inundação da casa do credor. O BGH aplicou o § 278 do BGB, já que o trabalho do ajudante estava no âmbito da obrigação do devedor.

- b) Num outro caso<sup>1441</sup>, o devedor obrigou-se a trocar uma bomba elétrica que estava estragada, por ter congelado. Levou consigo um aprendiz e um maçarico para descongelar os canos congelados e entregou a tarefa a esse auxiliar, seu colaborador, mas que era bastante lento. Depois de reparar a bomba, o auxiliar quis, por iniciativa própria, descongelar os canos de água, o que fez com um maçarico. Assim, num momento em que não estava a ser vigiado, o aprendiz apoderou-se do maçarico e começou a trabalhar num cano de água, que, na verdade, não estava congelado, durante o que ocorreu um incêndio que acabou por atingir a totalidade do prédio. O Tribunal condenou o devedor a reparar este dano, por existir uma *conexão factual e local* com os trabalhos necessários para eliminar os danos causados pelo gelo.

Neste segundo caso, o aprendiz realizou uma tarefa que nem sequer era parte da obrigação assumida pelo devedor, mas ainda assim o § 278 do BGB foi, e segundo nos parece, bem aplicado, já que o descongelamento dos canos era uma atividade objetivamente conexa com a troca da bomba. O fato de o aprendiz não ter cumprido as ordens do devedor não era, pois, relevante.

Não nos parece que neste caso houvesse sequer dúvidas quanto à aplicação da responsabilidade por fato de outrem: aqui o auxiliar agiu, efetivamente, no cumprimento, ainda que contra as instruções do devedor, que eram somente de reparar a bomba elétrica.

---

<sup>1441</sup> BGH 31, 358, referido em DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187. Sobre o caso, cf. ERNST VON CAEMMERER, *Verschulden von Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., pp. 33 e 34.

LIII. Alguma doutrina alemã considera que o § 278 BGB apenas se aplica quando haja uma certa *proportionalidade* entre a atividade devida pelo devedor e o comportamento do auxiliar<sup>1442</sup>. Contudo, como Mennemeyer assinala, este é um critério totalmente vago, que não oferece resposta para situações limite, não devendo por isso ser aceite.

Uma outra ideia é a de que o devedor apenas responde pela atuação do auxiliar que apresente uma *causa próxima* com o dano, ou seja, por uma atuação que seja essencial para que o dano tenha ocorrido<sup>1443</sup>. Pelas mesmas razões, parece de refutar esta tese.

LIV. Situação diversa da inobservância de instruções é aquela em que o auxiliar atua somente *por ocasião do cumprimento*.

Veja-se o seguinte caso apreciado pelo BGH: o devedor arrendou um barracão para armazenar tintas, gasóleo e óleos. Um empregado do devedor, que trabalhava no barracão, incendiou um cigarro e, sem cuidado, deitou o fósforo ao chão, reduzindo o edifício a cinzas. O BGH recusou aplicar o § 278 do BGB, decisão que a doutrina alemã parece apoiar: o incendiar do fósforo não se integrava nas obrigações do inquilino, não estando assim em conexão com o cumprimento da sua obrigação de tratar com cuidado a coisa locada. O ato de fumar foi um fato particular, praticado *fora do serviço*, por oportunidade de realização do trabalho. Por conseguinte, aplicáveis seriam somente as regras delituais, concretamente os §§ 823 e 831 do BGB.

Este entendimento não é, todavia, pacífico. Kupisch analisa, em especial, o último caso, à luz do desenvolvimento dos deveres de proteção no domínio contratual alemão. Com efeito, se tivesse sido o próprio inquilino a acender o cigarro e a causar o incêndio, ele seria responsável em termos obrigacionais, pelo que considera que, de igual modo, se deveria ter aplicado o § 278 do

---

<sup>1442</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 31.

<sup>1443</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 31.

BGB<sup>1444</sup>. Mas o Autor reconhece que nem sempre é fácil determinar quando é que determinado ato do auxiliar cabe ainda dentro dos deveres obrigacionais ou não. Ainda assim, conclui que quem deve a supervisão de um determinado objeto, responde pelo seu *auxiliar ladrão*<sup>1445</sup>. Isto, porém, tem limites: mesmo sem o afirmar com certeza, o Autor parece considerar que o devedor já não responde, p.ex.<sup>1446</sup>:

- a) Quando o auxiliar dá uma bofetada ao credor, devido a convicções políticas;
- b) Quando o auxiliar danifica a aparelhagem do credor, por lhe mexer durante a ausência deste.

Afirma ainda que deve haver uma distribuição de riscos em atenção às práticas e usos comerciais, concluindo que o devedor poderia responder pelo incêndio e pelo dano na aparelhagem, mas não já pelos danos causados por roubo ou furto ou por danos físicos na pessoa do credor<sup>1447</sup>.

LV. De acordo com o entendimento maioritário, o devedor apenas responde quando a atividade do auxiliar apresenta uma *conexão interior direta* com a tarefa transmitida pelo devedor, e não quando ocorra apenas por ocasião desta, isto é, com mera conexão exterior ou cronológica<sup>1448</sup>.

Por isso, segundo Medicus<sup>1449</sup>:

- a) O devedor não responde pela atuação do seu aprendiz que, encarregado de colocar uma janela, comete um furto na casa do cliente;
- b) O devedor responde pelo dano resultante da manipulação descuidada de uma escada pelo aprendiz.

No entanto, o Autor admite a responsabilidade do devedor por certos atos praticados *por ocasião* do cumprimento, quando este haja *facilitado* ou criado

---

<sup>1444</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824.

<sup>1445</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824: “*Wer die Bewachung von Sachen schuldet, haftet für den diebischen Gehilfen*”.

<sup>1446</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824.

<sup>1447</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824.

<sup>1448</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187.

<sup>1449</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187.

a oportunidade para a prática dos mesmos. No fundo, subjacente a esta tese, está uma ideia de que é o *contato social alargado* que justifica a proteção do credor, ou seja, por este haver confiado na pessoa do auxiliar do devedor.

LVI. Numa formulação algo diversa, Mennemeyer afirma que o essencial é que o dano se situe no âmbito das funções do devedor que foram transmitidas ao auxiliar<sup>1450</sup>. Este entendimento não resolve no entanto algumas questões: *o devedor responde pela atuação do seu auxiliar que realiza uma tarefa à qual o devedor estava obrigado, mas da qual não foi incumbido?* P.ex., se o devedor tinha como função colocar um candeeiro e atribuiu esta função a um seu trabalhador, o qual, encontrando-se na casa do credor, decide igualmente reparar uma tomada elétrica, durante cuja tarefa ocorre o dano. Nesse caso, não parece que se possa afirmar que o dano foi causado no cumprimento da obrigação, mas também não o foi por ocasião do cumprimento. Com efeito, o problema é que aqui o *auxiliar não foi introduzido pelo devedor, pois tal atividade extravasa totalmente o âmbito da obrigação do devedor*. A situação seria a mesma caso o devedor tivesse a obrigação de reparar a tomada mas não tivesse incumbido o auxiliar de o fazer.

Assim, com Mennemeyer, parece correto afirmar que o devedor responde, segundo o § 278 BGB, quando, se tivesse sido ele próprio a atuar, tivesse ocorrido uma violação da obrigação<sup>1451</sup>. Destarte, para este Autor, a imputação através do § 278 depende de dois fatos<sup>1452</sup>:

- a) A violação de um dever obrigacional do devedor;
- b) Que o o comportamento do auxiliar se situe no âmbito dos deveres do próprio auxiliar.

Mas, acrescentamos nós, em relação ao segundo requisito, pode o auxiliar atuar precisamente contra estes deveres, incumprindo as instruções recebidas.

---

<sup>1450</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 29.

<sup>1451</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 30.

<sup>1452</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 30.

LVII. Em sentido próximo, Heck considera que se justifica a responsabilidade do devedor pelo auxiliar em relação a danos que se encontrem numa relação de *causa adequada* com o cumprimento (*adäquatem Kausalzusammenhang*). Ora, isso não acontecerá, p.ex., quando o serralheiro utiliza as suas ferramentas para arrombar uma secretária do cliente e dela retirar dinheiro aí guardado, em que tal relação causal falta. Também não existe esta relação causal quando o serralheiro faz cópias das chaves de casa do cliente e regressa, posteriormente, para cometer um furto.

LVIII. Mostram algumas reservas quanto a esta diferenciação Medicus e Larenz, ao afirmarem que o § 278 BGB se baseia na ideia de aumento do risco, donde resultaria a consequência de o dever ter de arcar com os danos resultantes da utilização de auxiliares. O passo seguinte seria o de afirmar que foi a introdução, pelo devedor, do auxiliar, que lhe possibilitou o contato com o património do credor, ou seja, a ideia de que *só houve oportunidade* de furtar porque estava a atuar em cumprimento da obrigação, na execução de uma outra tarefa. Os Autores concluem por isso que o § 278 BGB deve ser aplicado sempre que o furto tenha sido *bastante* facilitado pela atividade de cumprimento, ou seja, quanto a objetos a que o auxiliar só teve acesso através da atividade de que foi incumbido<sup>1453</sup>.

LIX. Diferentemente, de acordo com Westermann, a conexão específica exigida não se verifica, normalmente, nos atos intencionalmente ilícitos cometidos pelo auxiliar<sup>1454</sup>. Apesar disso, o Autor entende que esta situação deve ter um tratamento equivalente àquela em que um órgão de uma pessoa coletiva extravasa os respetivos poderes: assim, o devedor responde, contanto que ainda se esteja no âmbito do cumprimento da obrigação, mesmo que o auxiliar extravase o âmbito dos poderes que lhe foram atribuídos pelo devedor,

---

<sup>1453</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187, citando como exemplo um caso em que o BGH condenou o locatário pelo fogo posto pelo sublocatário.

<sup>1454</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 382.

isto é, ainda que não cumpra as instruções que lhe foram dadas, o devedor responde<sup>1455</sup>. Ora, apesar de a letra do § 278 BGB não referir, pelo menos em termos expressos, que o auxiliar tem de atuar no cumprimento da obrigação, o certo é que tem de se verificar uma certa *conexão real* entre o ato culposos do auxiliar e o cumprimento da obrigação<sup>1456</sup>.

Não obstante, o devedor responde também por atos dolosos do seu auxiliar, contanto que estes se incluam, ainda, no cumprimento da obrigação, ou seja, quando daí resulte uma violação de deveres específicos do contrato<sup>1457</sup>.

Não pensa assim Mennemeyer, que realiza a seguinte distinção<sup>1458</sup>:

- a) O proprietário de um café responde se o empregado, violando deveres de cuidado, despeja um café sobre um cliente;
- b) Mas não responde se o empregado, por vingança, entorna de propósito o café sobre o cliente.

O Autor argumenta que no segundo caso o auxiliar prossegue *interesses exclusivamente pessoais*, pelo que o devedor não deve responder. Entendimento que, no entanto, não parece de acolher, sob pena de se inutilizar em absoluto o regime da responsabilidade por fato de outrem.

LX. Em sentido contrário ao entendimento maioritário, parece pronunciar-se Wolfgang Krüger: para este Autor, a delimitação entre atos praticados no cumprimento e por ocasião do cumprimento constitui uma interpretação restritiva do § 278 do BGB, sem fundamento na letra do preceito e apenas eventualmente fundada na sua finalidade<sup>1459</sup>. Na sua perspetiva, a imputação do comportamento do auxiliar ao devedor apenas deve ser negada quando a introdução do auxiliar não tenha aumentado os perigos ou quando a

---

<sup>1455</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 383.

<sup>1456</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 383.

<sup>1457</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 383.

<sup>1458</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 32.

<sup>1459</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 46.

outra parte pudesse dominar melhor o perigo do que o próprio devedor<sup>1460</sup>. Isto não prejudica, naturalmente, que o auxiliar deva causar o dano dentro do campo de obrigações para o qual foi introduzido pelo devedor<sup>1461</sup>.

Já o incumprimento de instruções pelo auxiliar é irrelevante<sup>1462</sup>: esse é, aliás e como já foi dito, um dos campos de eleição para aplicar o regime.

LXI. Por sua vez, segundo Schmidt, em princípio, sendo o devedor quem beneficia com a utilização de auxiliares, decorrente da divisão de trabalho, deve ser igualmente ele a correr os respectivos riscos de enganos ou falhas cometidas pelo auxiliar<sup>1463</sup>. Donde o § 278 BGB não poderia ser aplicado para responsabilizar o devedor por atos praticados pelo seu auxiliar apenas *por ocasião do cumprimento*, os quais, a serem imputados ao devedor, apenas o poderiam ser a título delitual, no âmbito do § 831 BGB<sup>1464</sup>, precisamente por serem estranhos à divisão do trabalho<sup>1465</sup>. Para chegar a esta conclusão, o Autor invoca a motivação para o § 278 BGB, que teria em vista somente a tutela do interesse de cumprimento por parte do credor, e não também outros interesses: *“Im Blickpunkt dieser Vorschrift stand zunächst allein das Leistungsinteresse des Gläubigers, nicht hingegen sein nur deliktisch geschütztes Erhaltungsinteresse”*<sup>1466</sup>.

Destarte<sup>1467</sup>:

- a) O devedor, mestre pintor, responde se o seu auxiliar partir, com umas escadas, um espelho na casa do credor;

---

<sup>1460</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 46.

<sup>1461</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 46.

<sup>1462</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 46.

<sup>1463</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 506.

<sup>1464</sup> Assim também WILH. WEIMAR, *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 95, onde afirma que quando o auxiliar aproveita a oportunidade do cumprimento para causar o dano, entra em ação o disposto no § 831 do BGB. Isso acontecerá, segundo este Autor, em caso de furto ou roubo cometido pelo auxiliar.

<sup>1465</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 506.

<sup>1466</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 506.

<sup>1467</sup> WILH. WEIMAR, *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 95.



- b) O devedor já não responde se o auxiliar, aproveitando o fato de estar sozinho em casa do credor, cometer um furto.

Portanto, o devedor só responde se, caso tivesse sido ele mesmo a atuar, existisse também incumprimento da obrigação<sup>1468</sup>.

Apesar disto, Esser e Schmidt consideram que a diferenciação entre atos praticados no cumprimento e por ocasião do cumprimento é hoje em dia *obsoleta*, devido ao desenvolvimento dos *deveres de proteção* entre as partes num contrato. Esta é uma distinção que, a seu ver, apenas se justifica no § 831 BGB, em que deve haver sujeição às ordens do devedor, mas não no § 278 BGB. Não deve, pois, ser *aliviada a responsabilidade do devedor pelo seu pessoal*<sup>1469</sup>. Acrescentam ainda que, se assim não fosse, a prova que o credor teria de fazer seria muito mais árdua, já que teria de esclarecer todas as circunstâncias e danos causados pelo terceiro, o que muitas vezes poderia ser impossível<sup>1470</sup>.

Assim também afirma Weimar que a resolução do problema pode complicar-se em casos onde haja deveres de proteção: se um taxista leva um passageiro, deve fazer o trajeto de forma a que não haja danos na saúde ou integridade física do mesmo, bem como o canalizador deve executar a reparação sem que daí resulte um dano, devendo por isso cumprir todas as regras de segurança. Para este Autor, do contrato emana o dever, decorrente do Princípio da boa fé, de o devedor se abster de qualquer roubo ou furto ao credor, o que torna difícil aceitar que o furto, a acontecer, se situe fora do cumprimento da obrigação<sup>1471</sup>. Assim, o furto cometido aquando do cumprimento pode perfeitamente ser considerado um caso de violação positiva da prestação<sup>1472</sup>.

---

<sup>1468</sup> WILH. WEIMAR, *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 95.

<sup>1469</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 99.

<sup>1470</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 99.

<sup>1471</sup> WILH. WEIMAR, *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 96: “Es ist nicht einzusehen, warum die Pflicht, einen Diebstahl in der Wohnung, des Bestellers zu unterlassen, außerhalb des Vertrages bestehen soll, zumal der Unternehmer doch erst in Erfüllung des Werkvertrages Zutritt zu der Wohnung des Bestellers erhält”.

<sup>1472</sup> WILH. WEIMAR, *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 96: “Es wäre unbillig, einen Schuldner für Diebstahlsschäden, die er selbst gelegentlich der Ausführung der Leistung anrichten würde, nicht aus dem Schuldverhältnis, sondern nur aus unerlaubter Handlung haften zu lassen”.

Destarte, saber se o auxiliar atuou no âmbito do cumprimento, ou somente por ocasião deste, parece estar em grande medida dependente da questão de aferir *até onde chegam os deveres de proteção da contraparte*, e, com isso, em que medida é que a violação destes deveres pode ser considerada uma infração contratual<sup>1473</sup>. Assim, estando ainda no âmbito dos deveres obrigacionais, o devedor responde, pelo § 278 BGB, ainda que o auxiliar tenha atuado com dolo, com o objetivo de satisfazer um interesse próprio<sup>1474</sup>, devendo entender-se que<sup>1475</sup>:

- a) Atua no cumprimento da obrigação o auxiliar que, encontrando-se a fazer uma reparação em casa do credor, danifica um objeto deste, mesmo que o faça em consequência de uma experiência, leviana, de um material;
- b) Não atua no cumprimento, mas apenas por ocasião, o auxiliar que, na mesma circunstância, rouba ou maltrata o credor;
- c) Atua por ocasião, não respondendo o principal, um mensageiro que, mandatado para informar o atraso do piloto, por sua própria conta e autoridade decide pilotar o avião, causando danos.

Por conseguinte, o § 278 do BGB apenas se aplica quando era possível afirmar que o credor tinha a expectativa de ter a proteção contra aquele risco, nomeadamente nos seguintes casos<sup>1476</sup>:

- a) Furto de objetos armazenados, por trabalhadores do proprietário do armazém;
- b) Uso clandestino de um veículo, pelo trabalhador do hotel;

---

<sup>1473</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 340.

<sup>1474</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 340.

<sup>1475</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., pp. 340 e 341.

<sup>1476</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 341.

- c) Mora no transporte, devido a tentativa de contrabando por parte do motorista;
- d) Furto por parte de um trabalhador de uma empresa de vigilância.

LXII. A questão de o ato ser praticado no cumprimento ou por ocasião do incumprimento é então relacionada pela doutrina alemã com a teoria dos deveres de proteção. Devido às insuficiências de aplicação do § 831 BGB<sup>1477</sup>, certos comportamentos que, originariamente, eram tidos como delituosos, foram sendo progressivamente inseridos no § 278 BGB, dando assim origem a uma mudança fundamental, desde logo no âmbito da culpa *in contrahendo* e cumprimento defeituoso<sup>1478</sup>.

Tal verifica-se, desde logo, em relação à violação de deveres pré-contratuais, quando o (futuro) devedor se serve de um ajudante para a celebração do contrato, considerando-se que deve responder em caso de atuação culposa deste ajudante de negociação, ou *Verhandlungsgehilfen*, pelo § 278 BGB<sup>1479</sup>.

No fundo, o raciocínio que se faz é o seguinte: o devedor apenas responde pela atuação do auxiliar no cumprimento da obrigação, mas há que considerar que a existência da obrigação importa, para o devedor, *especiais deveres de proteção do credor*, pelo que, em caso de violação de tais deveres, o dispositivo aplicável não será o § 831 do BGB mas antes o § 278 do BGB<sup>1480</sup>. Assim, num caso de furto de um bem do credor, apesar de não haver uma violação contratual, o devedor deveria responder, pelo § 278 BGB, através de uma *interpretação extensiva*, por ter colocado o credor em perigo, com a introdução de auxiliares no cumprimento<sup>1481</sup>.

---

<sup>1477</sup> Salientada também pela doutrina francesa. A título de exemplo, cf. G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, Librairie du Recueil Sireym 1938, pp. 23 e seguintes.

<sup>1478</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 506.

<sup>1479</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 186, não deixando de referir, no entanto, a possibilidade de responsabilidade do próprio terceiro, por violação do contrato.

<sup>1480</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 33.

<sup>1481</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 38.

Na perspectiva de Mennemeyer, a evolução da doutrina alemã, ao imputar ao devedor, em termos obrigacionais, a violação de deveres de cuidado, com isso colmatando as deficiências do sistema de responsabilidade delitual do BGB<sup>1482</sup> <sup>1483</sup>, tornou *supérflua* a diferenciação entre atuação no cumprimento e por ocasião do cumprimento, já que em ambos os casos o devedor responde<sup>1484</sup>.

Porém, de forma crítica, Schmidt conclui que esta evolução não pode levar a aplicar o § 278 BGB fora do âmbito contratual: a tese de que, quem tem o proveito, deve igualmente suportar os riscos correspondentes, não se pode sustentar no âmbito delitual<sup>1485</sup>. O Autor considera ainda que não é possível aplicar o § 278 BGB com a justificação de que o conceito de execução segundo este preceito abrange não apenas a obrigação devida, como também todo o comportamento diligente do devedor com respeito ao cumprimento de todas as obrigações, direcionadas para a proteção de quaisquer danos, na aceção do § 242 BGB (dever de atuação em conformidade com a boa fé)<sup>1486</sup>.

---

<sup>1482</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 129, assinalam que tal explica que desde cedo a jurisprudência alemã tenha optado por atribuir proteção contratual a situações que, em princípio, deveriam ser tratadas no domínio delitual, como foi o caso da proteção do corpo e da saúde, pela substituição do § 831 pelo § 278 do BGB. Contudo, a páginas 132 e 133, os Autores assinalam que a origem delitual dos deveres de proteção não pode ser negada e que os resultados satisfatórios só podem ser alcançados com uma combinação das regras contratuais e delituais. Assim, dão o exemplo de, num contrato de doação, o donatário ir receber a coisa junto do doador, por intermédio da sua empregada, que cai nas escadas, demasiado encerradas, levando à aplicação do § 278 e não do § 831.

<sup>1483</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., pp. 725 e 726, referindo concretamente o desenvolvimento, pela doutrina e pela jurisprudência, do contrato com efeitos de proteção para terceiros, inicialmente baseado no § 328 do BGB e, posteriormente, nos §§ 133 e 157 do BGB. Relevante é ainda o § 242 do BGB. Para além disso, exige-se uma proximidade especial do terceiro em relação à execução realizada pelo devedor: assim p.ex. no caso dos familiares do arrendatário, que com ele coabitam, bem como no caso dos trabalhadores, que contactam com os meios adquiridos pelo empregador. Concluem estes Autores que, para a inclusão do terceiro no âmbito da proteção contratual é decisivo que esta atribua ao devedor *possibilidades aumentadas de influência em relação aos direitos e interesses do terceiro*. Exige-se ainda que haja um interesse, do próprio credor, em que o terceiro seja incluído no âmbito de proteção da obrigação.

<sup>1484</sup> SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 39. Contudo, parece criticar esta extensão, ao referir que o fundamento do § 278 BGB reside na divisão do trabalho, sendo que desta apenas se pode falar em relação ao cumprimento de uma obrigação contratual, e não no âmbito dos deveres de proteção (p. 95).

<sup>1485</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 506.

<sup>1486</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 507.

Para Schmidt, alargar o âmbito de aplicação do § 278 BGB a danos causados por ocasião do cumprimento seria contornar o problema, não respondendo à questão de saber qual o critério material que sustentaria uma tal extensão. Na verdade, devido às insuficiências do § 831 BGB, foi este muitas vezes *substituído* pela aplicação do § 278 BGB: contudo, tal fez-se *a partir do resultado*, isto é, da necessidade de aplicar o § 278 BGB, devido às insuficiências do Direito delitual alemão<sup>1487</sup>.

É verdade, e Schmidt assim o reconhece, que existe um fundamento *factual* para a aplicação do § 278 BGB, que reside na circunstância seguinte: *se não existisse a obrigação, o credor jamais teria aberto as suas portas ao auxiliar do devedor, dando assim a oportunidade à prática do ato lesivo*<sup>1488</sup>. E é por isso mesmo que, para Eike Schmidt, se deve aplicar não o § 278, mas antes os §§ 823 e seguintes do BGB, ou seja, porque se trata de danos que sempre teriam atingido o lesado, não tendo qualquer relação concreta com a obrigação que estava a ser executada<sup>1489</sup>.

Assim, para Schmidt, se um arrendatário fere um senhorio no trânsito não se aplica o regime obrigacional, mas antes o delitual; do mesmo modo, se um ajudante do pintor, dirigindo-se a casa deste, parte um vidro por falta de cuidado, não se aplicam as regras obrigacionais, mas antes as delituais, já que tal dano estava ao alcance de qualquer terceiro<sup>1490</sup>.

O critério relevante não reside em aferir se o dano foi ou não provocado *por ocasião do cumprimento* porque, em bom rigor, se o auxiliar teve a oportunidade de causar o dano, em princípio, agiu como um *prolongamento do próprio devedor*, pelo que este é responsável. A questão está em responder à seguinte questão: *se, tendo sido o próprio devedor a atuar e a causar esse mesmo dano,*

---

<sup>1487</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., pp. 507 e 508: “Die Ersetzung des als ungenügend empfunden § 831 BGB durch § 278 BGB spielte dabei ebenso eine Rolle wie der Umstand, daß unser Deliktrecht keine Generalklausel kennt und angesichts «seiner Tatbestands – und Folgenstrenge nicht lückenlos alle jene Nachteile und Schäden auszugleichen vermag, die im Geschäftsverkehr ausgleichungswürdig und – bedürftig erscheinen”.

<sup>1488</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 508.

<sup>1489</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 508: “Diese Erkenntnis bedingt zugleich, daß bei Schädigungen, die den Obligationspartner ohnehin getroffen hätten, bei denen mithin die Existenz des Schuldbandes unerheblich war, die Vorschriften der §§ 823 ff. BGB und nicht diejenigen der §§ 276 ff. BGB anzuwenden sind.”.

<sup>1490</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 508.

seria ele igualmente responsável em termos obrigacionais<sup>1491</sup>? Isto significa que o relevante não é saber o modo como o dano foi causado, mas sim a delimitação do âmbito obrigacional, por forma a aferir quais os riscos especificamente tutelados pelo contrato.

Analisando a hipótese em que um cliente entrega um relógio para reparação e o aprendiz, seu auxiliar, zangado com uma reprimenda do patrão, estraga de propósito o relógio, afigura-se para este Autor não ser aplicável o § 278 BGB. Com efeito, de acordo com Schmidt, o interesse protegido pelo contrato não estaria aqui abrangido, embora seja verdade que, sem a encomenda, o aprendiz não teria tido a oportunidade de estragar o relógio<sup>1492</sup>. Assim, segundo este entendimento, não é relevante aferir se o dano foi causado no cumprimento, ou por ocasião do cumprimento: *“Entscheidend ist allein, ob der Gehilfe den Partner seines Geschäftsherrn unter Ausnutzung des zwischen diesen beiden bestehenden, sich auf eine angestrebte oder schon tatsächlich, vielleicht auch nur vermeintlich existierende Obligation gründenden Vertrauensbandes geschädigt hat.”*<sup>1493</sup>. Por conseguinte, na perspetiva de Schmidt, o que releva é saber se o auxiliar usou a relação de confiança estabelecida entre credor e devedor para causar o dano, e não se o fez por ocasião do cumprimento.

Também em Esser / Schmidt encontramos a seguinte afirmação: a justificação para uma responsabilidade mais alargada no âmbito obrigacional, do que no delitual, é a *confiança mútua*, já que cada parte abre a sua própria esfera de integridade à contraparte<sup>1494</sup> <sup>1495</sup>, contanto que esta use do cuidado necessário para não o lesar, confiança esta que se estende às pessoas utilizadas pelo devedor e que não estariam nesta posição se não existe este contato mais

---

<sup>1491</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 509: *“Maßgebend ist hier ebenso wie auf der Leistungs- (Erfüllungs-) Ebene die Antwort auf die Frage: Hätte der Schuldner selbst dem Partner nach Obligationsgesichtspunkten gehaftet, wäre er der Täter der von seiner Hilfsperson begangenen schädigenden Handlung gewesen?”*.

<sup>1492</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 510.

<sup>1493</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 511.

<sup>1494</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 725, explicam que o § 241 do BGB impõe ao devedor o respeito pelo interesse de integridade do credor. Assim, a execução da obrigação deve observar este dever.

<sup>1495</sup> Assim também BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822.

estreito entre credor e devedor<sup>1496 1497</sup>. Estes auxiliares são, nas palavras destes Autores, *ajudantes de conservação ou de preservação (Bewahrungsgehilfen)*<sup>1498</sup>. Assim, o devedor é responsável, pelo § 278 do BGB<sup>1499</sup>, porque sem a relação especial os seus auxiliares não teriam tido a possibilidade de influir negativamente sobre as posições de proteção da contraparte<sup>1500</sup>.

LXIII. O § 278 BGB deve então ser interpretado, nas palavras de Eike Schmidt, do seguinte modo: *“Der Schuldner hat das Fehlverhalten von Personen, die mit seinem Willen zur Erfüllung oder in sonstiger im Rahmen seiner Verbindlichkeit tätig werden oder sich in seinem Obligationsbereich aufhalten, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Fehlverhalten”*<sup>1501</sup>. Ou seja, o devedor é responsável pelos danos causados por pessoas que ele tenha, voluntariamente, introduzido no cumprimento, da mesma maneira que também seria se tais danos tivessem sido causados pelo próprio devedor, no âmbito obrigacional. Interpretação que parece resolver a querela quanto a aferir se o dano foi causado no cumprimento, ou por ocasião deste.

LXIV. Aliás, neste sentido, os Motivos atribuem três justificações à norma contida no § 278 BGB<sup>1502</sup>:

- a) O devedor utiliza os terceiros no seu próprio interesse e a seu próprio risco<sup>1503</sup>: a ideia era a de que através do emprego de auxiliares o devedor estendia o seu âmbito de atividade e assim também aumentava as suas possibilidades de lucro. Ora, se a tal não correspondesse também uma maior responsabilidade perante o

---

<sup>1496</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 99.

<sup>1497</sup> KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, ob. cit., pp. 507 e 508.

<sup>1498</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 99.

<sup>1499</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822.

<sup>1500</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 147.

<sup>1501</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 513.

<sup>1502</sup> Assim, PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 447. Cf. também ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., pp. 276 e 277.

<sup>1503</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 447.

credor, haveria uma situação injusta, dado que o credor apenas poderia exigir dos auxiliares responsabilidade a título delitual<sup>1504</sup>;

- b) O devedor que se obrigou a cumprir a obrigação assumiu o dever de atingir um resultado<sup>1505</sup>;
- c) A promessa de realização da prestação contém uma garantia tácita do fato de terceiros que concorrem na execução<sup>1506</sup>.

Contestando o primeiro fundamento, parece de considerar que não é somente no seu próprio interesse que o devedor utiliza os auxiliares, mas também no interesse do credor, para que a prestação o satisfaça plenamente, pois atendendo à divisão do trabalho provavelmente isso não aconteceria se fosse exclusivamente realizada pelo próprio devedor. Por outro lado, quanto à segunda fundamentação, se assim fosse, então talvez o devedor devesse responder também por qualquer caso fortuito, e não apenas pelos fatos dos seus auxiliares<sup>1507</sup>.

Atualmente, são apontadas duas grandes finalidades para o § 278 BGB<sup>1508</sup>:

- a) Divisão de trabalho, com base na ideia de intromissão de auxiliares, no próprio interesse do devedor;
- b) Ampliação do círculo de perigos e riscos.

Na verdade, a ideia de um *dever de garantia*, ou seja, que o devedor assegura esta garantia, no âmbito do negócio jurídico, é uma boa argumentação para fundamentar a responsabilidade do devedor<sup>1509</sup>. Não obstante, parece-nos que é a divisão de trabalho e a lógica do risco-proveito que parece justificar a responsabilidade objetiva por fato de outrem<sup>1510</sup>. Assim, está subjacente ao § 278

---

<sup>1504</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 447, explicando assim o regime com base no aumento do âmbito do risco pelo devedor.

<sup>1505</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 448.

<sup>1506</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 448.

<sup>1507</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 277.

<sup>1508</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 4.

<sup>1509</sup> ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 5.

<sup>1510</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 96.



do BGB a ideia de uma cobertura de risco, pelo devedor, em relação ao trabalho dos seus auxiliares<sup>1511</sup>.

Há aqui uma *colisão entre dois inocentes*<sup>1512</sup>: por um lado, o credor, por outro o devedor, sendo que nenhum dos dois agiu culposamente. Ora, se o recurso a auxiliares é suscetível de deteriorar a situação do credor e se é o devedor que retira lucro da utilização destes, deve ser o próprio devedor a suportar este dano, até porque para ele é mais fácil a prevenção, podendo contratar um seguro para esse efeito, que pode repercutir no preço do serviço prestado<sup>1513</sup>.

LXV. O BGB possibilita ao devedor a limitação da responsabilidade por atos de auxiliares, ainda quando estes sejam dolosos, uma vez que o § 278/II exclui a aplicação do § 276/III<sup>1514</sup>. Contudo, esta exclusão de responsabilidade apenas se aplica a contratos individualizados, e não a contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, por força do § 11/8 da AGBG<sup>1515</sup>.

Assim, o devedor pode, de antemão, excluir a sua responsabilidade pelo recurso a auxiliares, mesmo em caso de dolo destes<sup>1516</sup>. Esta possibilidade aplica-se igualmente em relação aos representantes legais: podem os pais ou tutores excluir a responsabilidade pelo seu próprio dolo, nos negócios jurídicos que celebram em nome dos seus representados<sup>1517</sup>.

Porém, a exclusão da responsabilidade não pode ser contrária à ordem pública: para que a cláusula seja válida, a mesma deve observar o § 138 do BGB.

---

<sup>1511</sup> WERNER SUNDERMANN, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 467.

<sup>1512</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 449.

<sup>1513</sup> PETER RATHJEN, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, ob. cit., p. 449.

<sup>1514</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

<sup>1515</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 98. A Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ABGB) estabelece no seu § 11, n.º 7, esta proibição.

<sup>1516</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891.

<sup>1517</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355.

Assim, o BGH já considerou que um mestre eletricista responde pela atuação de um aprendiz, de 16 anos, que por descuido incendiou o prédio do credor, não podendo o devedor exonerar-se com a invocação de que o auxiliar era inexperiente<sup>1518</sup>. Com efeito, o critério de aferição da culpa obedece às exigências feitas ao próprio devedor, e não à pessoa a quem esta recorre. Donde resulta que, num caso como este, o devedor pode ser chamado a responder pelo § 278 do BGB, sem que o auxiliar possa, por seu turno, ser censurado, não se aplicando a este o regime geral dos §§ 823 e seguintes do BGB<sup>1519</sup>.

Do mesmo modo, não pode um banco liberar-se da sua responsabilidade por informações bancárias e aconselhamento, invocando o comportamento culposo de um seu empregado, uma vez que este realiza tal atividade no interesse e por conta do próprio banco<sup>1520</sup>. Nem o pode fazer quando esse funcionário, dolosamente, se aproveita fundos no seu próprio interesse<sup>1521</sup>.

### § 85 do ZPO

O § 85 do ZPO estabelece um regime especial, no âmbito do processo civil. De acordo com esta norma:

- a) Os atos processuais praticados pelo advogado, ao qual o cliente conferiu procuração, consideram-se sendo efetuados pela própria parte que este representa;
- b) Isto aplica-se mesmo no caso de confissão, a menos que esta seja prontamente revogada ou corrigida pela parte;

---

<sup>1518</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1519</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821.

<sup>1520</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 91.

<sup>1521</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 37.

- c) A culpa do advogado corresponde à culpa da própria parte, ou seja, é imputada à própria parte, o que significa um regime especial em face do § 278 do BGB<sup>1522</sup>.

Pelo que, se o cliente foi condenado à restituição de uma coisa e o seu advogado se atrasou na concretização da mesma, responde o cliente pela atuação do advogado, como seu auxiliar, de acordo com este artigo<sup>1523</sup>. Do mesmo modo<sup>1524</sup>:

- a) Se o advogado der uma informação errada, o devedor responde pelo § 278;
- b) O advogado é auxiliar do credor, no âmbito de uma ação executiva na qual é feita uma penhora, em relação ao terceiro titular da pretensão.

Krüger sublinha que esta norma especial é, como tal, apenas aplicável à atuação do próprio advogado. Assim, quando esteja em causa o comportamento de outras pessoas, será já de aplicar o § 278 do BGB<sup>1525</sup>.

Assim, p.ex., nos termos do § 278 do BGB, o advogado responde pelos seus auxiliares / empregados<sup>1526</sup>, bem como pelas pessoas que mandate especialmente para a prática de determinados atos<sup>1527</sup>.

## Lei da Responsabilidade

I. Há outras previsões de responsabilidade relevantes a nível do Direito alemão. Neste âmbito, destaca-se a *HaftpflichtG* – *Lei da Responsabilidade alemã*, que

---

<sup>1522</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894.

<sup>1523</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 38.

<sup>1524</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 351.

<sup>1525</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 38.

<sup>1526</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 351.

<sup>1527</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 38.

estabelece, no seu § 2, a responsabilidade do proprietário do estabelecimento em caso de danos resultantes de eletricidade, gases, vapores ou líquidos emanados de uma linha elétrica ou instalação de gasoduto ou no âmbito da distribuição de energia.

Segundo Westermann, esta disposição é homogênea em relação aos §§ 31, 89 e 839 BGB, sendo necessário delimitar o âmbito de risco imputado ao agente<sup>1528</sup>.

## II. O § 3 desta Lei estabelece:

*Wer ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt, haftet, wenn ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat, für den dadurch entstandenen Schaden.*

De acordo com esta disposição, a que que explora uma mina, pedreira ou fábrica, responde se um agente ou um representante ou uma outra pessoa designada para gerir ou supervisionar a operação, através de uma falha na execução do trabalho, cause a morte ou lesão corporal a terceiro.

Trata-se de uma consagração de responsabilidade objetiva, em caso de certas empresas cuja atividade comporta um risco especial, daí a referência as minas e às pedreiras. Aqui, o perigo é de dimensão considerável, o que justifica um dispositivo específico, para além do § 831 BGB<sup>1529</sup>. A responsabilidade restringe-se a certos danos, como a morte ou danos na integridade física, causados pelos agentes ou representantes de tais empresas a terceiros, durante a execução dos seus trabalhos de supervisão da operação ou de outros trabalhos, quando se verifique uma falha na execução da obra que resulte na morte ou lesão de uma pessoa. Por isso mesmo, é uma previsão de responsabilidade delitual em que, contrariamente ao § 831 do BGB, já não se admite o afastamento da imputação, através da demonstração de ausência de

---

<sup>1528</sup> HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 382.

<sup>1529</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 100.

culpa. Pelo contrário, a culpa do agente é irrelevante, sendo o dano imputado a título objetivo.

### Direito comercial alemão

I. O § 278 do BGB não se aplica quando haja regime especial, nomeadamente no âmbito do HGB. Em caso de contrato de transporte, o § 425 do HGB determina:

*Haftung für Güter- und Verspätungsschäden. Schadensteilung*

*(1) Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung oder durch Überschreitung der Lieferfrist entsteht.*

*(...)*

Assim, o transportador responde pela perda ou avaria da mercadoria, bem como pelo atraso na entrega, desde o momento de aceitação para o transporte até à respetiva entrega. Apenas se exonera se estiver em causa uma circunstância que, mesmo o maior cuidado do transportador não pudesse evitar (§ 426 HGB), nomeadamente nos casos contemplados no § 427 HGB.

II. A norma essencial neste âmbito é precisamente o § 428 HGB, nos termos do qual:

*Haftung für andere*

*Der Frachtführer hat Handlungen und Unterlassungen seiner Leute in gleichem Umfange zu vertreten wie eigene Handlungen und Unterlassungen, wenn die Leute in Ausübung ihrer Verrichtungen handeln. Gleiches gilt für Handlungen und Unterlassungen anderer Personen, deren er sich bei Ausführung der Beförderung bedient.*

Assim, de acordo com este regime, o transportador responde pelos atos e omissões das pessoas por si empregues no cumprimento da sua obrigação de transporte, contanto que tais danos tenham sido praticados no exercício das respetivas funções. A parte final do preceito determina que o transportador

responde, igualmente, pelos atos e omissões de quaisquer terceiros a que recorra para a prestação do serviço de transporte.

III. Este é assim um dos regimes especiais, que afasta a aplicabilidade do § 278 BGB. Não obstante, a solução é substancialmente a mesma, ou seja, consagra-se a responsabilidade, em termos objetivos, do devedor, pela atuação dos seus auxiliares.

## DIREITO AUSTRIACO

I. Não começaremos este ponto sem uma breve explicação. Iremos de seguida fazer uma brevíssima referência ao Direito austríaco, certamente insuficiente para uma total compreensão do regime vigente neste domínio. No entanto, não poderia deixar de se registar a evolução que teve lugar neste ordenamento jurídico, ainda que apenas com a síntese que se segue<sup>1530</sup>.

II. A nível delitual, vigora no Código Civil Austríaco (ABGB) a regra geral do princípio da culpa, o que significa que em princípio só há responsabilidade civil se o agente tiver atuado com dolo ou negligência. Isso explica a redação do § 1315 ABGB Austríaco, nos termos do qual:

*Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.*

De acordo com este regime, uma pessoa que não tem discernimento, ou que constitua perigo para outrem, não responde pelos danos causados a terceiros.

Por outro lado, de acordo com o § 1313 ABGB:

*Für fremde, widerrechtliche Handlungen, woran jemand keinen Teil genommen hat, ist er in der Regel auch nicht verantwortlich. Selbst in den Fällen, wo die Gesetze das Gegenteil anordnen, bleibt ihm der Rückersatz gegen den Schuldtragenden vorbehalten.*

Ou seja, em princípio, o responsável é a pessoa que causou o dano.

III. O ABGB estabelece que, em princípio, o devedor apenas responde pelos fatos que lhe são imputáveis. No entanto, a responsabilidade por fato de

---

<sup>1530</sup> Sobre o tema, cf. KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, Viena, K. U. K. HOF - UND UNIVERSITÄTS- BUCHHÄNDLER, 1913, pp. 115 e seguintes.

outrem do devedor pode ser subjetiva ou objetiva. Será subjetiva quando assenta na culpa do devedor, sendo fundamentada numa de três situações:

- a) Ou o devedor indicou terceiros quando a prestação era infungível;
- b) Ou escolheu um terceiro incapaz;
- c) Ou ainda o devedor não vigiou devidamente o terceiro ao qual recorreu<sup>1531</sup>.

IV. A nível de responsabilidade obrigacional<sup>1532</sup>, o devedor pode exonerar-se se a prestação se tornar impossível, se tal não lhe for imputável, ou seja, por um *mero acaso*, contanto que se trata de um evento que o devedor não estivesse em condições de evitar<sup>1533</sup>.

Por sua vez, de acordo com o § 1313 a) ABGB<sup>1534 1535</sup>:

*Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wir für sein eigenes*

Esta norma, que não constava do diploma inicial, terá sido introduzida na Reforma de 1916, pela qual o Código Civil Austríaco se aproximou substancialmente do BGB alemão.

Nos termos deste preceito, aquele que estiver obrigado diante de um credor, responde perante este pela *culpa* do seu representante legal ou de outras pessoas que utilize para o cumprimento, como se de culpa própria se tratasse. Contudo, como salientam Esser e Schmidt, a expressão não deve ser interpretada em sentido técnico, uma vez que a obrigação é relativa, apenas

---

<sup>1531</sup> Cf. também ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 272.

<sup>1532</sup> Salientando que faz sentido responsabilizar de forma mais rigorosa o devedor, no âmbito da responsabilidade obrigacional, por fato dos seus auxiliares, do que o comitente, no âmbito extra-obrigacional, cf. KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 122.

<sup>1533</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 116.

<sup>1534</sup> Sobre o regime anterior, cf. KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 118, salientando que então o devedor apenas respondia pelos danos causados pelos seus auxiliares em caso de culpa *in eligendo*.

<sup>1535</sup> MAX WILBURG, *Haftung für Gehilfen*, Viena e Leipzig, Verlag von Moritz Perles, 1931, pp. 4 e seguintes.



respondendo pela sua violação o próprio devedor: a fórmula deste artigo deve ser entendida no sentido em que o auxiliar deve ter atuado no cumprimento da obrigação de maneira que, se tivesse sido o próprio devedor a agir, com um comportamento igual, tal teria configurado uma violação da obrigação. Em causa pode estar o cumprimento de qualquer tipo de obrigação<sup>1536</sup>.

Assim, quando uma pessoa se encontra obrigada, perante outra, a realizar determinada atividade, ela responde pela culpa do seu representante legal, bem como das pessoas ao seu serviço, às quais recorra para a execução, como se tal atuação fosse própria. Os auxiliares, em contrapartida, não respondem perante o credor<sup>1537</sup>.

No entanto, à semelhança do Direito alemão, o regime é diverso caso se esteja perante auxiliar ou substituto, sendo que este último não se considera auxiliar de cumprimento<sup>1538</sup>. Neste caso, o § 1010 determina apenas a responsabilidade por culpa na escolha. Assim, nos casos em que a lei admite ao devedor a sua substituição, se a escolha ou a vigilância do substituto tiver sido negligente, responde ainda assim o devedor pelos danos causados ao credor<sup>1539</sup>.

Para além disso, se uma pessoa, que se encontra a gozar uma coisa alheia, entrega a mesma a um terceiro, com vista a que este a restitua ao credor, e se durante esta tarefa a coisa é danificada ou se perder, o devedor responde pela atuação do terceiro: nesta situação, o devedor responde pelo comportamento de terceiros, e não por culpa própria, o que aconteceria já se, por exemplo, recorresse a um terceiro numa situação em que não lhe fosse permitido fazê-lo<sup>1540</sup>.

Prevê-se, por outro lado, a responsabilidade das pessoas coletivas pela atuação dos seus órgãos e representantes, situação diversa da contemplada no § 1313 a<sup>1541</sup>.

---

<sup>1536</sup> Assim, MAX WILBURG, *Haftung für Gehilfen*, ob. cit., p. 4.

<sup>1537</sup> MAX WILBURG, *Haftung für Gehilfen*, ob. cit., p. 25.

<sup>1538</sup> MAX WILBURG, *Haftung für Gehilfen*, ob. cit., p. 10.

<sup>1539</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 116.

<sup>1540</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 116.

<sup>1541</sup> MAX WILBURG, *Haftung für Gehilfen*, ob. cit., p. 36.

V. A responsabilidade do devedor pela atuação dos seus auxiliares não deve em princípio ser considerada uma manifestação de risco: uma coisa é alguém exercer uma atividade perigosa para terceiros, situação diversa é o emprego de auxiliares, que não pode ser qualificado como uma atividade especialmente perigosa<sup>1542</sup>. Por outro lado, o dano é limitado, no sentido que o devedor apenas responde pelo dano no âmbito do contrato, o que é suportável<sup>1543</sup>. Para o credor, há direito a indemnização, independentemente da boa escolha do auxiliar, ou das competências deste, porque o auxiliar *faz no lugar do devedor*<sup>1544</sup>.

VI. Relevante mostra-se ainda o § 1314.º ABGB:

*Wer eine Dienstperson ohne Zeugnis aufnimmt oder wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit gefährliche Person im Dienste behält oder ihr Aufenthalt gibt, haftet dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Beschaffenheit dieser Personen verursachten Schadens*

Aquele que receber um serviço de uma pessoa não qualificada, ou conehecendo os seus perigos, responde perante o proprietário /senhorio, bem como perante os demais locatários, pelos danos por esta causados.

VII. A doutrina salienta que a responsabilidade do devedor pelos seus auxiliares de cumprimento não se confunde com a situação do *receptum*, como ocorre, por exemplo, no caso dos donos de um restaurante ou hotel, em que há responsabilidade inclusivamente pelo caso fortuito: diferentemente, o devedor responde pela sua própria culpa e, bem assim, pela culpa dos seus auxiliares de

---

<sup>1542</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 123, esclarecendo, na página seguinte, que não é aquele que emprega auxiliares que põe os outros em perigo, mas apenas aquele que emprega *maus* auxiliares ou que o emprega de forma má.

<sup>1543</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 125.

<sup>1544</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 125.

cumprimento<sup>1545</sup>. Para Heinsheimer, não se trata aqui de uma exceção ao princípio da culpa, mas antes de explicar o seu verdadeiro significado<sup>1546</sup>.

---

<sup>1545</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 126.

<sup>1546</sup> KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., p. 126.



## DIREITO ITALIANO

### A Constituição Italiana

I. O artigo 28.º da Constituição Italiana declara que:

*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*

De acordo com esta disposição, a prática de um delito civil ou criminal por parte de um funcionário ou dependente do Estado ou de qualquer entidade pública, dá origem a duas imputações diversas<sup>1547</sup>:

- a) A responsabilidade do próprio agente, autor material do ato;
- b) A responsabilidade do Estado ou entidade pública, sob a égide do qual aquele agente atuou.

II. Segundo Bianca, desta norma resulta “*una duplice diretta responsabilità di questo soggetto e dell’ente pubblico inadempiente*”<sup>1548</sup>. Porém, não nos parece que seja de acompanhar esta posição, já que, no caso da responsabilidade do Estado ou da entidade pública, estamos claramente diante de responsabilidade indireta, por fato de outrem. Aliás, é o próprio Autor que afirma que “*l’ente risponde di quelle ingerenze dannose che al dependente sono rese possibili dalla posizione conferitagli rispetto al terzo danneggiato*”<sup>1549</sup>.

---

<sup>1547</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 742.

<sup>1548</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 462. O Autor refere ainda a tendência de alguma jurisprudência para não responsabilizar o Estado, citando o acórdão da *Cassazione* de 12 de julho de 1965, onde se afirmava que não podia haver responsabilidade quando o funcionário não cumpria as finalidades da própria entidade pública, havendo por isso uma interrupção da relação orgânica na base da qual a administração respondia.

<sup>1549</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 463.

Por outro lado, ao Estado e demais entes públicos é igualmente aplicável o regime estabelecido no artigo 2049.º do *Codice*, que de seguida iremos analisar<sup>1550</sup>.

III. Assim, verifica-se que, à semelhança do que encontramos no Direito português, no Direito italiano a responsabilidade por fato de outrem começa por ter a sua base na própria Constituição, a nível da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, pela atuação dos seus agentes, funcionários ou dependentes. Vejamos de seguida a situação no âmbito do Direito privado.

### O artigo 1153.º do *Codice* de 1865

I. A evolução do Código Civil Italiano de 1865 para o atual *Codice* é muito grande a nível de responsabilidade por fato de outrem. Com efeito, enquanto aquele primeiro Código apenas continha normas que, isoladamente, consagravam a responsabilidade por fato de outrem<sup>1551</sup>, atualmente encontramos no *Codice* uma disposição genérica a tanto destinada<sup>1552</sup>.

Assim, a responsabilidade do devedor por fato de outrem consta do atual *Codice* de 1942, mas não constava do Código de 1865, pelo menos não em

---

<sup>1550</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 742.

<sup>1551</sup> Sobre o tema, cf. G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume I – Colpa extra-contrattuale, ob. cit., p. 366. Contudo, o Autor define a responsabilidade por fato de outrem do seguinte modo: “*responsabilità per fatto illecito non direttamente commesso, e sorretta da presunzione di negligenza nel sorvegliare, secondo l’obbligo, l’agente dal quale materialmente venne posto il fatto determinante l’offesa.*”. Que identifica com uma responsabilidade por garantia, pura, “*siel’obbligo del refacimento esiste senza ingiuria soggettiva*” (pp. 367 e 368), o que contraria o fato de se estar diante de uma presunção de culpa do próprio responsável. O Autor mantém esta ideia em *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume II – Colpa extra-contrattuale, 2.ª edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 112, onde afirma: “*La ragion fondamentale su cui riposa l’istituto del quale or si dirà, è che si risponde del fatto illecito che altra persona abbia commesso, in quanto verso questo agente il responsabile era tenuto all’obbligo di sorvegliare.*”. Portanto, como afirma na p. 113, “*il responsabile ha una colpa sua personale, e risponde sì dell’ingiuria oggettiva altrui, ma per ingiuria soggettiva propria*”. Cf. ainda FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, em *Il Foro Italiano*, Anno LXII, Vol. LXII, pp. 330 e seguintes.

<sup>1552</sup> Cf. ROBERTO DE RUGGIERO *Instituições de Direito Civil*, Volume III – Direito das Obrigações. Direitos Hereditário, ob. cit., pp. 417 e seguintes.

termos de consagração geral. Havia somente disposições isoladas que a referiam, designadamente:

- a) O artigo 1247.<sup>o</sup>, referente ao devedor da entrega de coisa certa e determinada, o qual se considerava liberado desde que remetesse a coisa no estado em que se encontrava ao tempo da entrega e contanto que a deterioração posterior não fosse proveniente de fato ou culpa própria ou de pessoa pela qual devesse responder;
- b) O artigo 1644.<sup>o</sup>, referente ao contrato de empreitada, que tornava o empreiteiro responsável pela obra das pessoas que empregasse, ao determinar que *“L'imprenditore è responsabile dell'opera della persone che ha impiegate”*;
- c) O artigo 398.<sup>o</sup> do Código Comercial, nos termos do qual o transportador respondia pelos fatos dos seus dependentes, transportadores sucessivos e qualquer pessoa à qual houvesse confiado a execução do transporte.

Segundo Giovanna Visintini, estes dispositivos são os antecedentes do atual artigo 1228.<sup>o</sup> CCI<sup>1553</sup>.

II. A situação era diversa a nível delitual. Com efeito, o regime do CCI 1865 era, como veremos, idêntico ao artigo 1384.<sup>o</sup> CCF, admitindo a responsabilidade extracontratual indireta, em sentido próprio, dos empresários / comitentes e, bem assim, responsabilidade subjetiva, com base em presunção de culpa, para os pais, tutores, professores e artesãos.

O Código determinava que a responsabilidade não existia apenas em caso de dano que resultasse de fato próprio, mas também de dano causado pelas pessoas pelas quais o agente devesse responder, ou pelas coisas que tivesse em sua custódia.

De acordo com o artigo 1153.<sup>o</sup> do *Codice* de 1865<sup>1554</sup>:

---

<sup>1553</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, Milão / Pádua, 1965, p. 1. Também sobre o tema, cfr. LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, pp. 379 e seguintes.

*Ciascuno parimente è obbligato non solo per il danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato con il fatto delle persone delle quali deve rispondere, o con le cose che ha in custodia.*

*Il padre, e, in sua mancanza la madre, sono obbligati per i danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi;*

*i tutori per i danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi;*

*i padroni ed i committenti per i danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati;*

*i precettori e gli artigiani per i danni cagionati dai loro allievi ed apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.*

*La detta responsabilità non ha luogo allorché i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani provano di non avere potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili.*

A este princípio, seguiam-se os artigos 1154.<sup>o</sup> - danos causados por animais – e 1155.<sup>o</sup> - danos causados pela ruína de edifícios.

Assim, era expressamente afirmada a responsabilidade “por fato de outrem” nos seguintes casos:

- a) O pai e, na falta deste, a mãe, são obrigados pelos danos causados pelos filhos menores que com eles habitem;
- b) O tutor é obrigado pelos danos causados pelo incapaz por que responde e que com ele habita;
- c) Os patrões e comitentes são obrigados pelos danos causados pelos empregados domésticos que sejam cometidos no exercício das tarefas que lhes tenham sido cometidas;
- d) Os preceptores e artesãos são obrigados pelos danos causados pelos aprendizes e formandos durante o período em que se encontram sob a sua vigilância;

Destarte, verifica-se que o Código de 1865 estabeleceu diretamente o princípio da responsabilidade do comitente pelos fatos dos seus dependentes.

---

<sup>1554</sup> GIACOMO VENEZIAN, *Opere Giuridiche di Giacomo Venezian*, Volume Primo – Studi sulle obbligazioni, ob. cit., p. 542, salientando que, se é habitual a responsabilização por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, já constitui uma situação nova a responsabilidade independente de culpa e mesmo da própria possibilidade de vigilância por parte do responsável.



Esclarecia-se que esta responsabilidade não existia caso os progenitores, tutores, preceptores e artesãos não tivessem podido impedir o fato do qual proveio a dita responsabilidade, resultando daqui a natureza subjetiva desta previsão.

III. Uma primeira observação que se parece impor em relação ao artigo 1153.º CCI 1865 é a de que nele se encontrava consagrado um *princípio geral*, potencialmente aplicável a qualquer situação em que alguém devesse responder pelos atos de certa pessoa. Todavia, tal responsabilidade apenas era concretizada em três situações, definidas sucessivamente pelo preceito, donde nos parece de concluir que apenas nestes casos poderia existir responsabilidade “por fato de outrem”, assente que se tratava de uma responsabilidade de carácter excecional.

Uma segunda observação resulta do último parágrafo deste dispositivo: por um lado, a exoneração da responsabilidade era limitada aos casos dos progenitores, tutores, preceptores e artesãos, excluindo-se assim a possibilidade de os patrões e comitentes dela beneficiarem; por outro, esta ressalva parece reconduzir a responsabilidade em tais casos a uma responsabilidade de natureza subjetiva, na medida em que se afirma que o agente se libera caso demonstre que não podia ter impedido o fato, isto é, que independentemente do que houvesse feito, o dano se teria igualmente produzido.

IV. De acordo com Filippo Pasquera<sup>1555</sup>, a jurisprudência italiana aproxima esta responsabilidade da responsabilidade subjetiva, concluindo que a mesma deveria ceder nos casos em que o agente demonstrasse que o dano resultara de caso de força maior ou de caso fortuito, bem como de culpa do lesado ou de terceiro. Assim, caso o lesado tivesse ele próprio tido culpa, não poderia lançar mão da responsabilidade por fato de outrem<sup>1556</sup>.

---

<sup>1555</sup> FILIPPO PASQUERA, *Fatto Altrui (Responsabilità per)*, ob. cit., p. 967.

<sup>1556</sup> FILIPPO PASQUERA, *Fatto Altrui (Responsabilità per)*, ob. cit., p. 968.

Em crítica a esta perspectiva, outros autores consideram que a recondução da responsabilidade a uma presunção de culpa nada mais é do que inútil ou simbólica<sup>1557</sup>.

V. Quanto à tarefa, a doutrina italiana utilizava o termo *incombenza* para designar a ideia de que deveria ser atribuída ao terceiro uma determinada tarefa. Entende-se que o conceito de *incombenza* é mais amplo do que o de causalidade, de modo que entre esta tarefa e o fato ilícito não tem necessariamente de existir uma relação causa / efeito<sup>1558</sup>.

VI. Por outro lado, apesar da ausência de uma norma genérica que consagrasse a responsabilidade por fato de outrem a nível obrigacional, entendia a doutrina de então que o princípio de responsabilização por fato de outrem resultava do regime de incumprimento constante do *Codice* de 1865, uma vez que o devedor só poderia eximir-se caso a inexecução da prestação derivasse de *causa estranha* e que não lhe fosse imputável (artigo 1225.º CCI 1865)<sup>1559</sup>.

Para Ferrara, a liberação do devedor dependia, assim, da demonstração de dois requisitos:

- 1.º Que a inexecução resultava de fato não imputável ao devedor
- 2.º Exterioridade do fato em relação à pessoa do devedor

Ora, não se pode considerar estranho à pessoa do devedor o fato de uma pessoa que é auxiliar do devedor<sup>1560</sup>, razão pela qual, não obstante a ausência

---

<sup>1557</sup> CARLO MAIORCA, *Responsabilità*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX - Reazione - Responsabilità, Milão, Giuffrè Editore, 1958.

<sup>1558</sup> FILIPPO PASQUERA, *Fatto Altrui (Responsabilità per)*, ob. cit., p. 968, referindo que “à sufficiente, secondo l’indirizzo giurisprudenziale, che fra questi due termini si rinvenga un nesso logico, nel senso che l’incombenza sia stata l’occasione necessaria dell’illecito”, o que abrangeria, inclusivamente, casos de abuso do comissário no desempenho de tal tarefa.

<sup>1559</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 2. Cf. também G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Colpa contrattuale, 2.ª edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1897, pp. 453 e seguintes.

<sup>1560</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 2: “(...) il fatto colposo degli ausiliari, che rende impossibile la prestazione, non è una causa estranea che impedisce l’adempimento, ma una causa interna al debitore, che egli stesso, anche se non colpevole, ha contribuito a produrre”.

de uma norma a consagrar a responsabilidade obrigacional pelos auxiliares, esta deveria ser ainda assim afirmada.

VII. Segundo Ferrara, a explicação para a existência de responsabilidade do devedor pela atuação dos seus auxiliares encontrava-se no regime aplicável à exoneração do devedor por caso fortuito ou de força maior, tal como explicitado nos artigos 1225.<sup>o</sup> e 1226.<sup>o</sup> do Código de então<sup>1561</sup>. Com efeito, enquanto no Direito romano era considerado caso fortuito um evento imprevisível e inevitável, o conceito desenvolvido passou a acrescentar também a exigência de que estivesse em causa uma situação *exterior* ao próprio devedor: *“Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l’inadempimento dell’obbligazione, quanto per il ritardo dell’esecuzione, ove non provi che l’inadempimento o il ritardo sai derivato da una causa estranea a lui non imputabile”* <sup>1562</sup>. Assim, seria caso fortuito o evento surgido *sem culpa do devedor* e que dele fosse *independente*<sup>1563</sup>.

Ainda de acordo com Ferrara, a utilização, pela lei, das duas expressões – causa não imputável e causa estranha ao devedor – teria necessariamente de significar algo de diferente. Causa não imputável continha em si a ideia de inculpabilidade do devedor, pelo que a ideia de que a causa também teria de ser estranha ao devedor deveria significar algo novo<sup>1564</sup>.

---

<sup>1561</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 489.

<sup>1562</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 493.

<sup>1563</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 490.

<sup>1564</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 494 e seguintes, onde refere outros artigos do Codice de 1885 onde se contrapõem os conceitos de *fatto* e de *culpa*, nomeadamente o artigo 893.<sup>o</sup> (referente à perda do legado sem que haja fato ou culpa por parte do herdeiro) e o artigo 1298.<sup>o</sup> (onde se refere a perda da coisa devida, onde se refere somente a culpa do devedor). Sobre esta última norma, o Autor parece pronunciar-se a favor da sua extensão para “fato ou culpa” do devedor, por uma questão de coerência com as restantes disposições do Código. Por isso, na p. 497, afirma: *“io per me ritengo che il fatto incolpevole del debitore che causa l’impossibilità dell’adempimento rende sempre responsabile e non vale a liberarlo, perché giuridicamente no si può considerare come un caso fortuito che implica essenzialmente un evento esteriore”*.

VIII. Assim, em termos obrigacionais, no *Codice* de 1865, quem respondia pelos atos dos auxiliares era apenas e tão-só o devedor. Para este resultado seria indiferente a fonte da obrigação, bem como a natureza da prestação<sup>1565</sup>.

Ferrara chama a atenção para o fato de, nas obrigações genéricas, se não poder falar em responsabilidade do devedor. Com efeito, como vigorava o princípio *genus nunquam perit*, ainda que o auxiliar contribuisse para a deterioração da coisa, o devedor poderia sempre cumprir com outras coisas do mesmo género<sup>1566</sup>.

Neste âmbito, havia que atentar nas seguintes disposições especiais:

- a) O artigo 1644.º do CCI 1865, respeitante aos contratos de empreitada, estabelecia a responsabilidade do *appaltatore* pelas obras das pessoas que este empregava: “*l'imprenditore è responsabile dell'opera dalle persone che há impiegate*”<sup>1567</sup>;
- b) O artigo 398.º do Código Comercial de 1882 referia a mesma regra para o transportador em relação às pessoas que utilizasse no transporte, sendo que, em ambos os casos, os auxiliares eram perspectivados enquanto *membros da organização empresarial (membri della organizzazione imprenditoriale)*<sup>1568</sup>;
- c) O artigo 1158.º do *Codice* de 1865, que estabelecia a responsabilidade do locatário pelos atos de pessoas da sua família, hóspedes ou empregador, bem como do sublocatário, dos quais resultasse a perda da coisa locada<sup>1569</sup>;
- d) O artigo 1247.º do CCI 1865 estabelecia, em caso de obrigação de entrega, que o devedor corria o risco de deterioração da coisa proveniente de fato ou culpa própria, bem como das pessoas por quem devesse responder.

---

<sup>1565</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 508.

<sup>1566</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 509. Só não será assim nas obrigações genéricas «limitadas», caso em que será aplicável o princípio geral da responsabilidade do devedor.

<sup>1567</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 501.

<sup>1568</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 450.

<sup>1569</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 502.

Como se disse, não era no entanto consagrado um princípio de responsabilidade por fato de outrem em matéria obrigacional. Apesar disso, a doutrina de então retirava precisamente destes dispositivos o princípio geral de responsabilidade do devedor<sup>1570</sup>, assente na ideia de que neste caso a atuação do terceiro não era estranha ao próprio devedor, sendo antes uma “*causa interna alla sua sfera economica, causa che egli stesso contruibuisce a produrre*”<sup>1571</sup>. E, sendo um fato interno ao devedor, integrava o risco normal da empresa<sup>1572</sup>.

IX. Norma de conteúdo paralelo a estas era a constante do artigo 4.º do Código Comercial Italiano, nos termos da qual no exercício do comércio, o comerciante respondia pelas ações ilícitas das pessoas que dele fossem dependentes.

Do mesmo modo, o artigo 491.º do Código Comercial Italiano de então determinava que o proprietário do navio era responsável pelos fatos do capitão e demais membros da tripulação.

Ainda no âmbito do Código Comercial<sup>1573</sup>, destacavam-se:

- a) O artigo 398.º, já supra mencionado, que responsabilizava o transportador pelos atos dos seus dependentes, transportadores sucessivos e qualquer pessoa a quem confiasse a execução do transporte;
- b) O artigo 1867.º, que responsabilizava o estalajadeiro pelos atos dos empregados.

Outras disposições relevantes neste âmbito eram ainda o artigo 196.º do Código Penal e o artigo 120.º do Código da Estrada, utilizados pela doutrina de

---

<sup>1570</sup> Neste sentido, cf. LUDOVICO BARASSI, *Le Obbligazioni. Con speciale riguardo ai contratti*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1934, pp. 408 e 409, sublinhando que, enquanto para alguns autores esta responsabilidade era baseada na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, para outros se trataria, efetivamente, de responsabilidade objetiva, sendo esta última a perspectiva adotada pelo Autor.

<sup>1571</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Milão, CEDAM, 1996, p. 638, onde acentua que a atuação do auxiliar não é estranha à organização económica do devedor.

<sup>1572</sup> LUDOVICO BARASSI, *Le Obbligazioni...*, ob. cit., p. 410.

<sup>1573</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 503.

então como argumento a favor da responsabilidade do devedor por fato de outrem.

### Os artigos 1228.º e 1229.º do *Codice Civile* de 1942

I. A responsabilidade civil encontra-se regulada no *Codice Italiano*<sup>1574 1575</sup>, sendo relevante referir, neste tema, o disposto nos artigos 2043.º, 2046.º a 2049.º, 2051.º, 2053.º a 2055.º, 2210.º, 2213.º e 2240.º CCI, que serão analisados no ponto seguinte.

II. No domínio da responsabilidade obrigacional, de forma similar aos artigos 798.º e 799.º CC, o artigo 1218.º CCI estabelece o seguinte<sup>1576 1577 1578</sup>:

*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*

Assim, a responsabilidade obrigacional pressupõe:

- a) A violação do direito do credor (elemento objetivo);
- b) A culpa do devedor (elemento subjetivo)<sup>1579</sup>.

---

<sup>1574</sup> Sobre este tema, cf. GUIDO SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, Milão, CEDAM, 1992, pp. 785 e seguintes. Outro regime importante era a lei relativa aos acidentes de trabalho, sendo de assinalar neste âmbito a Sentença da Corte Costituzionale de 9 marzo 1967, em *Il Foro Italiano*, Volume XC, Ano 1967, pp. 684-691, pela qual foi julgada inconstitucional a norma do decreto de 17 de agosto de 1935 que admitia a limitação da responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho, quando cometido por pessoa encarregue da direção ou vigilância do trabalho.

<sup>1575</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 147, assinala que o CCI “*representa a mais autónoma das codificações tardias*”.

<sup>1576</sup> LUIGI MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè, 1958, considera que a redação desta norma não emana nem do direito romano, nem da orientação presente no *Code Civil*. Acrescenta, também, que dela resulta a conclusão de que “*la diligenza non possa costituire per sé sola il limite della responsabilità del debitore*”.

<sup>1577</sup> Sobre o tema, cf. RENATO MICCIO, *I diritti di credito*, Volume Primo – Lineamento generali, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1971, em especial as pp. 192 e seguintes.

<sup>1578</sup> ANDREA TORRENTE / VITTORIO SALANDRA, *Commentario del Codice Civile*, Libro Quarto – Delle Obbligazioni, Art. 1861-1932, terza edizione, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editora / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1966.

III. O Código Civil Italiano regula a matéria da responsabilidade obrigacional por fato de outrem nos seus artigos 1228.<sup>o</sup> e 1229.<sup>o</sup><sup>1580 1581 1582</sup>. O primeiro destes preceitos estabelece que:

*Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.*

O artigo 1229.<sup>o</sup> vem, por seu turno, proibir as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade nos casos em que o fato do devedor ou do seu auxiliar constitua uma violação de obrigações de ordem pública.

Este regime constitui uma forma de responsabilização do devedor, autónoma em relação à regra geral da responsabilidade por culpa<sup>1583</sup>.

Assim, nos termos do artigo 1228.<sup>o</sup> CCI<sup>1584 1585</sup>, o devedor é responsável pelas situações de incumprimento da obrigação que resultem de atos de sujeitos

---

<sup>1579</sup> G. P. CHIRONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Volume II, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1912, p. 48.

<sup>1580</sup> FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)* considera que este sistema é caracterizado pela sua *semplicità e concretezza*, já que parte do princípio do incumprimento caso a prestação não seja realizada e, por outro lado, consagra um conjunto de situações que constituem *iustae causae* de impedimento ao cumprimento. Cf. ainda, sobre este preceito, C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, Seconda Edizione, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1979, pp. 450 e seguintes.

<sup>1581</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, Seconda Edizione, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1979, p. 450, sublinha que se trata de um princípio antigo, que toma em consideração a circunstância de o auxiliar ser um membro da organização empresarial. Contudo, como se verificará, tal exigência não é feita pelo artigo 1228.<sup>o</sup> CCI.

<sup>1582</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 263 e 264.

<sup>1583</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 452.

<sup>1584</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 637, descreve a norma da seguinte forma: “L’art. 1228 cod. Civ. Prevede un’ipotesi di responsabilità per fatto altrui, contrattuale, o meglio una responsabilità che nasce dall’inadempimento ad obbligazioni preesistenti provocato da soggetti diversi dal debitore.”. Contudo, a afirmação é mais ampla do que a própria norma, na medida em que não se trata aqui do incumprimento provocado por qualquer terceiro, mas antes e apenas o terceiro utilizado pelo devedor no cumprimento.

<sup>1585</sup> Encontramos um exemplo de não aplicação deste regime na decisão da Cassazione Civile, III Sezione, 19 ottobre 1963, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXVII, Ano 1964, pp. 569 e seguintes: “La responsabilità ex art. 1228 cod. Civ. Presuppone che il fatto colposo del terzo abbia determinato o concorso a determinare l’inadempimento della prestazione, talchè essa non sussiste quando, come nella fattispecie, l’onere di restituzione sia stato già soddisfatto dal compratore e lo smarrimento della merce

diversos do próprio devedor, mas que possam ser considerados terceiros seus auxiliares, porquanto se trata de um risco natural emergente dessa mesma utilização<sup>1586 1587</sup>. Trata-se do incumprimento de uma obrigação, pelo qual o devedor responde, situação que se diferencia do art. 2049.º do CCI, em que o agente responde, perante o terceiro, devido à relação que mantém com o preposto<sup>1588</sup>.

Trata-se, segundo Giovanna Visintini, de um princípio geral<sup>1589</sup>, nos termos do qual o devedor que, no cumprimento duma obrigação, se faça valer de obra de terceiro, responde pelo fato doloso ou culposo deste último<sup>1590</sup>. O devedor responde porque o incumprimento se deveu a uma *causa interna*, que o próprio devedor contribuiu para que tivesse lugar: pode assim falar-se de uma *“non estraneità del fatto dell’ausiliario all’organizzazione economica del debitore”*<sup>1591</sup>. Como sublinha Messineo, *“In sostanza, l’art. 1228 si riferisce, quasi sempre, al caso dell’imprenditore”*<sup>1592</sup>.

Ao invés, a doutrina italiana considera que não cabem na previsão do artigo 1228.º CCI certos fatos coletivos, como a adesão a uma greve que impede o devedor de cumprir, pois este evento representa por si só o risco de empresa, cabendo por isso diretamente ao devedor<sup>1593</sup>. Não obstante, refira-se que o

---

*debba imputarsi al fatto del venditore, concorrente o meno con quello del vettore: peraltro, può sussistere una responsabilità di questi nei riguardi del venditore quale persona indicata dal depositante a ricevere la merce.”.*

<sup>1586</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 451.

<sup>1587</sup> RODOLFO SACCO, *Responsabilità del committente per colpa in contrahendo del commesso*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano XLVI, 1948, Parte Seconda, pp. 1 e seguintes, com referências à culpa *in contrahendo*.

<sup>1588</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, p. 693.

<sup>1589</sup> Contrariamente ao modelo vigente no *Codice* de 1865. Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 638.

<sup>1590</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 2.

<sup>1591</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 638.

<sup>1592</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 322, destacando o carácter orgânico da empresa, em que *“non è possibile, al creditore danneggiato, distinguere dove la colpa sia dell’imprenditore e dove sia dell’ausiliario”*.

<sup>1593</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 642.



direito à greve é um direito fundamental, consagrado no artigo 40.º da Constituição Italiana, constituindo uma das principais armas do trabalhador<sup>1594</sup>.

A nível introdutório, refira-se ainda que alguma doutrina italiana tem vindo a defender que o artigo 1228.º CCI não tem aplicação ao caso em que uma pessoa tem o direito de gozo sobre uma coisa alheia e confere a um terceiro o acesso a essa coisa, o qual vem a causar dano na mesma. De acordo com Bianca, nesse caso há responsabilidade do devedor, mas não ao abrigo do artigo 1228.º e antes nos termos de um outro princípio geral, que se encontra aflorado no artigo 1588.º, 2.º parágrafo<sup>1595</sup>: *“E' pure responsabile della perdita e del deterioramento cagionati da persone che egli ha ammesse, anche temporaneamente, all'uso o al godimento della cosa”*.

IV. Quanto à justificação do artigo 1228.º CCI, há vários entendimentos, destacando-se<sup>1596</sup>:

- a) A ideia de que a atuação do terceiro não é estranha ao devedor e à sua organização económica;
- b) A imputação ao devedor da atuação do terceiro, como se fosse própria, numa lógica que se aproxima da ideia de ficção.

Para Giovanna Visintini, esta ficção é desnecessária, até porque não existe, de fato, influência do devedor na verificação do fato do auxiliar, de tal modo que é excessivo ver o auxiliar como um prolongamento da personalidade do devedor<sup>1597</sup>. Todavia, esta orientação parecia defender apenas que o devedor não podia ser exonerado quando a razão da impossibilidade assentava num impedimento derivado do insucesso da sua própria atividade de *organização* da prestação<sup>1598</sup>.

---

<sup>1594</sup> RENATO MICCIO, *I diritti di credito*, Volume Primo – Lineamento generali, ob. cit., p. 196.

<sup>1595</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 467.

<sup>1596</sup> Devendo rejeitar-se, a nosso ver, o entendimento de EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, ob. cit., p. 152, para quem *"Il fondamento de tale norma risiede proprio in quel potere di controllo che si è detto: potere, al quale sono soggetti normalmente i dipendenti della cui collaborazione il debitore si vale"*.

<sup>1597</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 9.

<sup>1598</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 452.

Outros Autores, como Betti, fundamentam o artigo 1228.º CCI no poder de controlo do devedor, *“potere, al quale sono soggetti normalmente i dipendenti della cui collaborazione il debitore si vale”*, sendo que, para o credor, *“interessi poco o niente che il debitore in questo operare agisca personalmente o per intermediario dei suoi ausiliari”*, pelo que, *“se interpone degli ausiliari, il debitore lo fa a proprio rischio e pericolo”*<sup>1599</sup>.

Para Bianca, a razão de ser deste princípio reside na circunstância de o modo de execução da prestação não poder impor ao credor, pelo menos sem a sua aceitação, uma ingerência específica de sujeitos que lhe são estranhos<sup>1600</sup>. Assim, o princípio determina uma imputação, do ponto de vista jurídico, do ato do auxiliar ao próprio devedor<sup>1601</sup>. Entendimento que não acompanhamos porquanto, como resulta expressamente da letra do artigo 1228.º CCI, o devedor responde também pela atuação dos auxiliares independentes, em que tal poder de controlo é completamente inexistente.

Outros autores aproximam o artigo 1228.º CCI do princípio *genus nunquam perit*, de modo a aferir quando é que a impossibilidade da prestação é ou não culposa. Assim, os impedimentos que incidem sobre a pessoa do devedor ou sobre os meios que este usa para o cumprimento não integrariam a impossibilidade da prestação.

Na verdade, o auxiliar é um estranho, estraneidade que se afere tanto em relação à relação obrigacional, como em relação ao próprio credor<sup>1602</sup>. O devedor assume o dever de prestar, não de prestar de uma determinada forma (a menos que tal seja convencionado), daí que possa lançar mão de auxiliares, sendo em bom rigor para o credor indiferente que o faça ou não. Visintini relembra que, ao recorrer a auxiliares, o devedor exerce uma faculdade, mas ao não cumprir perante o credor torna-se responsável. Pelo que pode ser admitida

---

<sup>1599</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 152.

<sup>1600</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obbligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 451.

<sup>1601</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obbligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 453.

<sup>1602</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 24.

a seguinte ordem de fundamentação da solução consagrada no artigo 1228.º CCI:

- a) A transferência do risco para aquele que retira vantagem da utilização do auxiliar;
- b) A necessidade de garantir a satisfação por equivalente;
- c) A consideração da *libera electio*, i.e., do recurso aos meios que julgar idóneos para cumprir a obrigação.

V. De acordo com Bianca, o artigo 1228.º CCI consubstancia um princípio nos termos do qual, no confronto com o credor, é ao devedor que compete arcar com os danos resultantes da ação de auxiliar que tenha introduzido no cumprimento da obrigação<sup>1603</sup>. Como se disse, este princípio não foi formulado apenas no Código Civil, uma vez que constava já do anterior Código Civil de 1865, muito embora tivesse então um âmbito mais restrito, isto é, apenas em relação a certos contratos. Com efeito, o *Codice* de 1865 não continha norma idêntica ao atual artigo 1228.º mas a doutrina considerava existir uma regra geral de responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares<sup>1604</sup>.

A imposição da consagração de uma regra de responsabilidade objetiva no atual Código deveu-se à inoperacionalidade da imputação subjetiva à empresa, nomeadamente em sede de escolha do auxiliar<sup>1605</sup>.

Nestes termos, o fato de estar em causa uma atuação de terceiro não pode ser invocado para efeitos de *causa não imputável ao devedor*, na aceção do artigo 1218.º CCI<sup>1606</sup>. Por isso, para Bianca, a *ratio* deste princípio assenta na circunstância de o auxiliar não ser um estranho ou terceiro em relação ao devedor, de forma que este não se pode alhear daquele na assunção dos danos causados ao credor: “*si traduce in termini ultimi nel problema se il debitore possa*

---

<sup>1603</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 450.

<sup>1604</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile...*, ob. cit., p. 638.

<sup>1605</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 451.

<sup>1606</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 639.

*estraniarsi al fatto d'inadempimento dell'ausiliario*"<sup>1607</sup>. Deste modo, a imputação dos danos ao devedor explica-se pela circunstância de ter sido este a introduzir na relação obrigacional a ingerência do auxiliar, numa lógica de substituição da sua própria ação, justificando-se a assunção da responsabilidade diante do credor. Segundo esta perspetiva, é correta a qualificação como responsabilidade objetiva, resultante "*dall'insuccesso dell'attività di «organizzazione» della prestazione*"<sup>1608</sup>. Neste sentido, é relevante a posição instrumental do auxiliar em relação ao cumprimento da obrigação, de forma que o fato do auxiliar deve constituir a *factispécie do incumprimento verificado*<sup>1609 1610</sup>.

Assim, o devedor responde pelo incumprimento porque é ele que detém a qualidade de devedor<sup>1611</sup>, respondendo na qualidade de titular do dever de prestar. Neste sentido, também Messineo afirma que estamos perante responsabilidade contratual, objetiva, assente no princípio *ubi commodat*<sup>1612</sup>.

VI. A doutrina italiana tem adotado um conceito muito amplo de *auxiliar*, prescindindo da natureza da relação entre este e o devedor<sup>1613</sup>. Há, todavia, algumas opiniões divergentes, que apenas consideram o dispositivo aplicável em caso de subordinação entre o devedor e o auxiliar<sup>1614</sup>, as quais, a nosso ver, devem ser refutadas, por infundadas.

Assim se decidiu no Acórdão da *Cassazione* de 24 de janeiro de 1973, no qual ficou assente que o artigo 1228.º CCI é aplicável quer o auxiliar seja um

---

<sup>1607</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 451.

<sup>1608</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 452.

<sup>1609</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 458.

<sup>1610</sup> Na mesma linha, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 639, considera que "*Tanto più è complessa l'organizzazione e l'esecuzione di certe prestazioni, tanto più il titolare del diritto di credito deve poter contare sull'estensione della responsabilità del debitore in modo da comprendervi l'inadempimento causato dal fatto degli ausiliari, e non soltanto quello dovuto al fatto próprio.*".

<sup>1611</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 23.

<sup>1612</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., pp. 326 e 327.

<sup>1613</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 459.

<sup>1614</sup> GIORGIO CIAN / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, 5ª edição, Milão, Cedam, 1997, p. 1228.

dependente, com vínculo de subordinação, tanto como quando se trata de um colaborador autónomo e estranho à empresa do devedor<sup>1615</sup>. Neste caso, o vendedor respondeu pela atuação do transportador a que recorreu para cumprir a sua obrigação de entrega da coisa vendida.

Por outro lado, por *opera* de terceiro entende-se qualquer ato que este desempenhe que se revele idóneo à realização da relação obrigacional<sup>1616</sup>.

VII. Bianca considera que o artigo 1228.º CCI apenas se aplica ao incumprimento de uma obrigação<sup>1617</sup> e não a outras situações jurídicas passivas, como é o caso do ónus, uma vez que em tal caso o não cumprimento do ónus não origina responsabilidade perante ninguém. Contudo, parece ter algumas dúvidas já que acrescenta que, se o onerado introduzir um auxiliar em contato particular com a esfera jurídica do terceiro, possibilitando a este auxiliar que exercite as faculdades de que dispõe por via do ónus, haverá aplicação do *“principio che concerne il fatto di chi immette il terzo nella disponibilità della cosa altrui per la sua utilizzazione, modificazione, custodia o godimento”*<sup>1618</sup>.

Ainda segundo a perspetiva de Bianca, é duvidoso que o artigo 1228.º CCI possa ter aplicação no âmbito da execução de obrigações de conteúdo não patrimonial, por estas se revelarem insuscetíveis de serem cumpridas através de auxiliares<sup>1619 1620</sup>. Contudo, também neste ponto não parece assistir razão a esta tese, não havendo tão-pouco base legal que permita sustentar esta posição. Assim, não acompanhamos este entendimento, porquanto a natureza não patrimonial da obrigação apenas determina a impossibilidade de equivalência

---

<sup>1615</sup> Disponível em *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Torino, Anno XLIII, 1973, p. 73.

<sup>1616</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 459.

<sup>1617</sup> Cf. também GIORGIO CIAN / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, ob. cit., p. 1228.

<sup>1618</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 456.

<sup>1619</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., pp. 456 e 457, exemplificando com o dever de lealdade.

<sup>1620</sup> Cf. também GIORGIO CIAN / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, ob. cit., p. 1228, afirmando que este tipo de obrigação é insuscetível de ser satisfeito mediante auxiliares.

do seu objeto numa quantia monetária, não influenciando o modo de execução da prestação. Com efeito, mesmo uma prestação infungível admite o recurso a auxiliares – embora não a substitutos – pelo que não se encontram motivos para que não se possa recorrer a auxiliares em obrigações não patrimoniais.

VIII. O fato do auxiliar tem de ter como efeito: (a) a impossibilidade de cumprimento, definitiva ou temporária; (b) ou a verificação direta de um dano para o credor<sup>1621</sup>. Na segunda hipótese, Bianca refere os casos de *ingerência danosa* por parte do auxiliar na esfera jurídica do credor, sempre que aquele não observe os deveres de cuidado que lhe são exigíveis de acordo com o padrão do homem medianamente diligente.

O artigo 1228.<sup>o</sup> CCI exige que o ato do auxiliar seja culposos ou doloso. Destarte, a norma imputa a responsabilidade ao devedor, a título objetivo, mas *não prescinde em absoluto da culpa*, já que exige a sua verificação, embora na pessoa do auxiliar<sup>1622 1623</sup>. Para Giovanna Visitini, é esse o fundamento da imputação: o devedor responde pela própria culpa e pela culpa das pessoas que utilize, salvo em caso de impossibilidade não imputável a estas<sup>1624</sup>. Rejeita a fundamentação com base no brocardo *ubi commodum, ibi incommodum*, que admite poder aplicar-se à responsabilidade extracontratual, na qual existe sempre uma relação de dependência, mas não à responsabilidade obrigacional, na qual entre o devedor e o auxiliar pode haver uma mera relação ocasional, sem vínculo de subordinação<sup>1625</sup>.

---

<sup>1621</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 457, afirmando que “*Del danno risponde il debitore quando l'atto dell'ausiliario sia stato compiuto in quel contatto con la sfera giuridica del creditore che è determinato o reso possibile dall'esecuzione dell'obbligazione*”.

<sup>1622</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 19.

<sup>1623</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., pp. 453 e 458.

<sup>1624</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., p. 20.

<sup>1625</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, ob. cit., pp. 22 e 23.

IX. Um caso interessante de aplicação desta norma foi o decidido pela *Cassazione* em 4 de agosto de 1987<sup>1626</sup> em que um hospital foi condenado por não haver adotado as medidas de segurança necessárias a impedir o rapto de um recém-nascido. De acordo com o Tribunal, a tutela da saúde não se limita à mera prestação de cuidados médico-cirúrgicos, gerais ou especializados, compreendendo igualmente a proteção da pessoa. Por isso, quando a falta de organização favorece a produção do dano – no caso, o rapto do recém-nascido – deve ser afirmada a responsabilidade do hospital, pela violação da sua obrigação institucional.

O aspeto que nos parece mais interessante é que, tal como o tribunal afirmou, se estava diante de *responsabilidade obrigacional* por parte do hospital, sendo que tal relação não se esgotava na prestação de cuidados médicos, abrangendo, de igual modo, também a custódia da criança<sup>1627</sup>. Destarte, estava-se diante de um problema de responsabilidade obrigacional, na aceção do artigo 1218.º CCI<sup>1628</sup>. Ora, ficara demonstrado que a porta de acesso ao local onde a criança se encontrava era tanto acessível por pessoal interno do hospital, como por estranhos, tendo o rapto ocorrido durante o período das visitas. Concluindo, para a *Cassazione*, “*Appare poi evidente che questa omissione di custodia preparò le condizioni ideali perché il rapimento potesse essere consumato*”<sup>1629</sup>.

Na sua anotação, Nicola Mazzia assinala que uma pessoa pode ser responsabilizada pelo ato ilícito de terceiro quando aquele tinha a obrigação de evitar um determinado resultado, obrigação esta que tanto pode derivar da lei, como de uma obrigação contratualmente assumida<sup>1630</sup>. Neste caso, o tribunal fundamentou a responsabilidade no incumprimento do dever de custódia, com

---

<sup>1626</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, em *Il Foro Italiano*, Volume CXI, Anno 1988, pp. 1630-1639.

<sup>1627</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob, cit., p. 1634.

<sup>1628</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob, cit., p. 1634.

<sup>1629</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob, cit., p. 1638.

<sup>1630</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob, cit., p. 1630.

base no artigo 1218.º CCI<sup>1631</sup>. O Autor salienta ainda que apenas se pode falar de omissão, no sentido rigoroso do termo, quando o dano é determinado por um fator estranho à atuação (ou falta dela) do agente, pois que se for a conduta deste a causa adequada a causar o dano haverá antes ação, e não omissão<sup>1632</sup>. Critica, ainda, a decisão, por nela não se esclarecer que a responsabilidade do hospital se deve à circunstância de terem sido adotados os *standards* mínimos de diligência<sup>1633</sup>. Isto porque, se o rapto se tivesse dado p.ex., com violência, ou se fosse previsível devido às posses da família, não seria a mesma situação.

X. Alguns autores, como Chironi, procuram fundamentar o artigo 1228.º CCI na ideia de representação, muito embora o cumprimento possa traduzir, nalguns casos, um mero ato material, e não um verdadeiro ato jurídico.

No entanto, a tese maioritária parece fundar esta imputação ao risco da atividade dos auxiliares e na consequente vantagem dela decorrente para o devedor, garantindo ao credor a sua satisfação. A esta orientação não é alheia a circunstância de o credor ser estranho à organização do devedor e à escolha das pessoas que utiliza para cumprir<sup>1634</sup>. Trata-se, nesta ordem de ideias, de responsabilidade objetiva. Neste sentido, Barassi considera que a imputação ao devedor dos atos do auxiliar traduz um caso de responsabilidade por caso fortuito, assumindo o devedor o risco decorrente dos agentes de produção que utiliza a seu favor<sup>1635</sup>.

XI. Bianca parece admitir a possibilidade de o auxiliar ser, efetivamente, um representante do devedor, muito embora saliente que essa possibilidade

---

<sup>1631</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob. cit., p. 1634.

<sup>1632</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob. cit., p. 1634.

<sup>1633</sup> NICOLA MAZZIA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, ob. cit., p. 1638.

<sup>1634</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 639.

<sup>1635</sup> LUDOVICO BARASSI, *Le Obbligazioni. Con speciale riguardo ai contratti*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1934, p. 406.



não esgotará todas as demais<sup>1636</sup>. Sempre que o cumprimento implique a prática de um ato jurídico, o auxiliar é um representante do devedor, devendo retirar-se da atribuição da tarefa a autorização para este praticar atos em nome daquele<sup>1637</sup>. No entanto, pode haver outro tipo de auxiliar, ou seja, auxiliares não representantes.

Na ótica de Bianca, o artigo 1228.º CCI assenta no seguinte princípio: *“il soggetto che crea o actua un rapporto giuridico col terzo attraverso l'attività di un cooperatore che rimane estraneo al rapporto, assume nei confronti del terzo i risultati positivi e le conseguenze dannose di tale attività”*<sup>1638</sup>. Este regime baseia-se então no pressuposto de que o devedor utiliza o auxiliar para atuar na relação obrigacional, independentemente de estar em causa o vínculo principal ou deveres acessórios<sup>1639</sup>.

XII. Pode acontecer que o auxiliar careça de discernimento, caso em que o devedor assume o risco da eventual conduta danosa que este venha a adotar<sup>1640</sup>. Contudo, neste último caso, parece-nos que já haverá responsabilidade do devedor por fato próprio, por ter introduzido no esquema obrigacional um terceiro que não apresenta os requisitos de idoneidade necessários, tratando-se por isso de responsabilidade subjetiva.

XIII. A obrigação concretamente incumprida poderá ser a correspondente à prestação principal, bem como uma obrigação emanada da

---

<sup>1636</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 454.

<sup>1637</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 461: *“Il potere di rappresentanza può essere allora attribuito specificamente oppure può risultare dalla posizione dell'ausiliario nell'impresa del debitore.”*.

<sup>1638</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 454.

<sup>1639</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 455, onde refere um caso julgado na Alemanha por decisão de 20 de Maio de 1964, em que se discutia a responsabilidade do paciente que colocara à disposição do médico uma viatura, pelos actos do respectivo condutor.

<sup>1640</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 459.

fase preliminar ou pós-contratual e ainda os deveres de proteção acessórios em relação à obrigação principal<sup>1641</sup>.

O artigo 1228.º é aplicável também aos casos de cumprimento defeituoso, sendo que nesse caso o padrão de exigência aplicável ao devedor é o mesmo que será aplicado ao auxiliar<sup>1642</sup>.

XIV. Quanto ao auxiliar propriamente dito, como já se mencionou, a responsabilidade expressa no artigo 1228.º CCI prescinde da averiguação da natureza da relação existente entre este e o devedor, bastando que o devedor recorra à ação de um terceiro no cumprimento.

A iniciativa do devedor na introdução do auxiliar é um aspeto essencial da sua responsabilidade: o auxiliar não se confunde com o terceiro que, por sua iniciativa, cumpre uma obrigação alheia, sem qualquer determinação prévia por parte do devedor, cuja ação apenas libera o devedor na estrita medida em que seja efetivamente cumprida a prestação devida<sup>1643</sup>.

XV. Os auxiliares abrangidos por este dispositivo tanto podem ser dependentes, como autónomos<sup>1644</sup>. Em sentido diverso se pronuncia Bianca, ao considerar que o devedor deve ter a possibilidade de pré-determinar e de controlar a ação do auxiliar pelo qual responde<sup>1645</sup>. Todavia, a verdade é que o artigo 1228.º CCI não parece exigir a possibilidade de controlo, podendo, ao invés, tratar-se de um auxiliar independente. Todavia, deverão ser terceiros introduzidos na relação obrigacional por iniciativa do devedor e sem que entre eles e o credor exista algum vínculo contratual direto<sup>1646</sup>.

---

<sup>1641</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 641.

<sup>1642</sup> Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 640.

<sup>1643</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 460.

<sup>1644</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 640.

<sup>1645</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 460.

<sup>1646</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 641, esclarecendo que não se considera auxiliar o terceiro que intervém sem o conhecimento do devedor nem aquele que haja assumido uma obrigação diretamente perante o credor, ou ainda que haja sido por este escolhido ou com o seu assentimento. Neste último caso, todavia, não bastará uma

Aliás, a jurisprudência italiana já aplicou este dispositivo a diversos casos de auxiliares autônomos, destacando-se os seguintes<sup>1647</sup>:

- a) O artigo 1228.º é aplicável para efeitos de responsabilização do mandante pelos atos do mandatário ou do agente;
- b) O hospital responde pelos atos dos funcionários, p.ex. em caso de intervenção cirúrgica;
- c) O proprietário de uma empresa jornalística responde pelos atos do diretor do jornal;
- d) O depositário e o transportador respondem pelos atos do subdepositário e do subtransportador;
- e) O gestor de uma estação de serviço responde pelos atos de um empregado não dependente;
- f) O senhorio responde pelos atos do porteiro;
- g) O contribuinte responde pelos atos do consultor, que incumbiu de proceder ao pagamento de impostos, o qual se apropriou da quantia devida.

Não obstante, a maior parte das situações em que se apela ao artigo 1228.º do *Codice* são os casos de auxiliares dependentes, nomeadamente trabalhadores subordinados<sup>1648</sup>, referindo-se que:

- a) O hospital público responde pelos atos dos seus funcionários;
- b) O banco responde pelo incumprimento da obrigação de custódia dos seus auxiliares e empregados;
- c) O serviço público postal responde pela perda de correspondência e em caso de subtração dolosa por parte dos funcionários dependentes da própria administração, sendo inconstitucional a possibilidade de prever a limitação da responsabilidade em caso de dolo do dependente;

---

autorização genérica do credor, devendo antes tratar-se de um acordo específico na aceitação de certo auxiliar.

<sup>1647</sup> Seguimos GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., pp. 643 e seguintes.

<sup>1648</sup> Cf. ainda GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., pp. 644 e 645.

- d) O transportador responde pelos danos causados na execução do transporte pelo condutor seu dependente.

De referir no entanto um caso, citado por Giovanna Visintini, em que o principal foi exonerado: tratava-se da empresa FIAT, em relação à atuação de um médico, seu funcionário, ao qual competia avaliar os efeitos do trabalho nos candidatos ao emprego, o qual errou no diagnóstico<sup>1649</sup>. Contudo, o tribunal considerou que havia somente uma obrigação de meios, exonerando o empregador<sup>1650</sup>.

XVI. À semelhança do disposto no artigo 800.º CC, o artigo 1228.º CCI exige que o devedor responda pelo ato do auxiliar *como se fosse o seu próprio ato*, donde resulta a necessidade de atuação culposa daquele que traduza o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação suscetível de causar dano ao credor.

A responsabilidade do devedor pelos fatos do auxiliar não prejudica, em contrapartida, a eventual imputação, por via delitual, ao próprio auxiliar<sup>1651 1652</sup>.

Porém, é necessário que entre a atividade desempenhada pelo auxiliar e o cumprimento da obrigação exista uma *conexão*, à semelhança do sustentado no artigo 2049.º CCI<sup>1653</sup>.

XVII. A jurisprudência italiana tem defendido a aplicação do artigo 1228.º CCI à intervenção de auxiliares na fase pré-negocial, com base numa interpretação extensiva do preceito<sup>1654</sup>.

---

<sup>1649</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 644.

<sup>1650</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., pp. 644 e 645.

<sup>1651</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 458.

<sup>1652</sup> Cf. também GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 640, realçando que tal apenas sucede quando haja um ato ilícito e culposo praticado pelo auxiliar, na aceção do artigo 2043.º CCI.

<sup>1653</sup> GIORGIO CIAN / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, ob. cit., p. 1228.

<sup>1654</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 641, referindo aqui “alla fase trattative o ad operazioni preordinate all’esecuzione della prestazione principale”.

Contudo, é discutível se o artigo 1228.º CCI se aplica em caso de violação de obrigações acessórias, de deveres de proteção<sup>1655</sup>.

XVIII. O CCI contém ainda outras normas, a respeito de certos contratos especiais, que relevam para o tema que ora nos ocupa.

Em primeiro lugar, quanto ao contrato de depósito, este é definido no artigo 1766.º do *Codice* como aquele em que *“una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodiarla e di restituirla in natura”*, podendo tratar-se de um contrato de depósito comum (artigos 1766.º a 1782.º CCI), depósito em hotel (artigos 1783.º a 1786.º CCI) ou depósito em armazém (artigos 1787.º a 1797.º CCI).

A função do depósito consiste na guarda e conservação da coisa<sup>1656</sup>. Existe aqui uma *obrigação de custódia*, ainda que o exato significado desta seja muito debatido na doutrina, seguida de uma obrigação de restituição da coisa<sup>1657</sup>. Assim, este é um contrato que visa o interesse do depositante, ainda que possa haver, cumulativamente, interesse por parte do depositário ou de terceiro<sup>1658</sup>.

Para Geri, a custódia não se identifica exatamente com a conservação da coisa, sendo uma obrigação que extravasa a mera conservação, ainda que, do ponto de vista literal, esteja correta a identificação entre custódia e conservação<sup>1659</sup>. Contudo, o Autor assinala que a custódia implica um dever de prestação, cuja inobservância origina a responsabilidade<sup>1660</sup>.

A propósito do depósito no âmbito de um contrato de hospedagem, o artigo 1783.º do *Codice* determina que os *“albergatori sono obbligati come depositari per le cose che i clienti hanno consegnato loro in custodia”*. Aqui, podemos discernir duas situações:

---

<sup>1655</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 642.

<sup>1656</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, Milão, Giuffrè Editore, 1972, p. 54.

<sup>1657</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., pp. 54 a 56.

<sup>1658</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 57.

<sup>1659</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 66.

<sup>1660</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 67.

- a) Por um lado, a custódia direta, em que a coisa é efetivamente entregue ao devedor;
- b) E, por outro, a dita custódia indireta, em que a coisa não se encontra na detenção do devedor.

No primeiro caso, o objeto depositado no hotel pode ser recebido pelo próprio devedor, ou por um seu funcionário, isto é, um auxiliar. Ainda que tal se verifique, o contrato de depósito existe, sendo plenamente válido<sup>1661</sup>. De fato, nesta hipótese, o auxiliar é também representante do devedor, quanto à celebração do contrato, sendo auxiliar quanto à respetiva execução.

Contudo, pode também haver responsabilidade em caso de custódia indireta, em que o proprietário do hotel não tem a detenção do objeto<sup>1662</sup>:

*Artigo 1784.º, § 2*

*La responsabilità dell'albergatore è illimitata:*

- 1) *quando le cose gli sono state consegnate in custodia;*
- 2) *quando ha rifiutato di ricevere in custodia cose che aveva l'obbligo di accettare.*

*L'albergatore ha l'obbligo di accettare le carte-valori, il danaro contante e gli oggetti di valore; egli può rifiutarsi di riceverli soltanto se si tratti di oggetti pericolosi o che, tenuto conto dell'importanza e delle condizioni di gestione dell'albergo, abbiano valore eccessivo o natura ingombrante.*

*L'albergatore può esigere che la cosa consegnatagli sia contenuta in un involucro chiuso o sigillato.*

XIX. Qual a razão de ser da responsabilidade em caso de *custódia indireta*? Fala-se aqui no risco da empresa, enquanto exercício de uma atividade profissional organizada, bem como nas exigências de segurança do cliente<sup>1663</sup>. Assim, o *receptum* origina um agravamento da responsabilidade<sup>1664</sup>. A custódia

---

<sup>1661</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 71, invocando, como justificação, o princípio da representação, consagrado no artigo 2210.º do CCI.

<sup>1662</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 89, sublinha que, à primeira vista, parece uma contradição falar de custódia sem detenção da coisa.

<sup>1663</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., ob. cit., pp. 91 e 92.

<sup>1664</sup> Assim, FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 325.

determina que o devedor responde “non solamente per la colpa (negligenza), ma altresì per ogni perdita (perimento) o danneggiamento, che egli avrebbe potuto evitare, mediante una speciale sorveglianza sulle cose affidategli, a meno che provi essere intervenuta l’azione di una causa positiva, a lui non imputabile, di quelle sopradette (e il relativo nesso di causalità)”<sup>1665</sup>.

Encontramos aqui os conceitos de subtração, perda ou deterioração da coisa, que consubstanciam situações muito diversas mas que, do ponto de vista do contrato de depósito, conduzem todas ao mesmo resultado, que é a não restituição da coisa. Pode, no entanto, haver interesse em explorar estas situações, por forma a aferir da eventual liberação do depositário<sup>1666</sup>.

Por sottrazione deve entender-se “un’azione violenta o fraudolenta, mediante la quale un soggetto (generalmente un ladro o un truffatore) s’impossessa della cosa mobile altrui”<sup>1667</sup>. Por esta, responde o depositário. Contudo, havendo furto ou perda da coisa, pode o depositário exonerar-se da sua responsabilidade, se demonstrar a inevitabilidade deste, não obstante a sua diligência<sup>1668</sup>. Assim, a observância dos deveres de prevenção do evento danoso possibilitam ao depositário a exoneração da sua responsabilidade. Neste sentido, o artigo 1780.º do CCI fala de fato não imputável ao depositário.

Por conseguinte, o depositário pode exonerar-se da sua responsabilidade quando a perda ou deterioração da coisa seja devida a um “fattore ritenuto estraneo all’ambito della organizzazione alberghiera”<sup>1669</sup>.

XX. O depositário é responsável, ainda que não se conheça, exatamente, a causa da perda ou deterioração da coisa: “si vorrebbe far rientrare il fortuito nella responsabilità obiettiva”<sup>1670</sup>. Com efeito, a responsabilidade que a lei imputa ao hospedeiro é mais abrangente do que a do mero depositário, porquanto “il

---

<sup>1665</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 325, acrescentando que, na sua perspetiva, se trata de responsabilidade por culpa agravada.

<sup>1666</sup> Neste sentido, VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 76.

<sup>1667</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 76.

<sup>1668</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 77.

<sup>1669</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 117.

<sup>1670</sup> Neste sentido, VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 95.

*depositario è liberato per qualsiasi ipotesi di impossibilità non imputabile, mentre l'albergatore ai sensi dell'art. 1784 Cod. Civ. È esonerato soltanto nelle specifiche ipotesi ivi previste al. 3° comma, le quali non coprono tutta l'area dell'impossibile*"<sup>1671</sup>.

XXI. O depositário responde, quer o fato lhe seja imputável, quer o seja a um dos seus auxiliares, na aceção do artigo 1228.º do Codice<sup>1672</sup>.

Por *dependentes* do devedor entende-se "*domestici, segretari e commessi in genere, dei quali il cliente si serva per la sua attività, anche se con lui non convivano in albergo, ma si limitino a frequentarlo in ragione del loro servizio*", enquanto *visitantes* "*sono in genere soggetti estranei all'ambito dell'albergo, che vi si recano in visita, ma possono essere anch'essi persone albergate, portatisi dalla loro camera in quella del cliente, per visitarlo*"<sup>1673</sup>. Finalmente, os acompanhantes serão "*i familiari del cliente e tutte quelle persone, che vivendo nella sua sfera di attività, si trovano con lui in una particolare continuità e dimestichezza di rapporti*"<sup>1674</sup>.

De acordo com o artigo 1223.º do CCI, são abrangidos no conceito de família:

*Nella famiglia si comprendono anche i figli nati dopo che è cominciato il diritto d'uso o d'abitazione, quantunque nel tempo in cui il diritto è sorto la persona non avesse contratto matrimonio. Si comprendono inoltre i figli adottivi, i figli naturali riconosciuti e gli affiliati, anche se l'adozione, il riconoscimento o l'affiliazione sono seguiti dopo che il diritto era già sorto. Si comprendono infine le persone che convivono con il titolare del diritto per prestare a lui o alla sua famiglia i loro servizi.*

A lei adota um critério amplo, que inclui qualquer parente ou afim, independentemente do respetivo grau, que conviva com o devedor, bem como aquelas que, com ele convivendo, lhe preste algum serviço, como doméstico, instrutor, etc.<sup>1675</sup>.

---

<sup>1671</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 96.

<sup>1672</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 113, sublinhando que é assim, não obstante o artigo 1784.º/II do CCI não o referir expressamente.

<sup>1673</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 125.

<sup>1674</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 125.

<sup>1675</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 113.



Acresce que a responsabilidade do depositário é ainda ilimitada em caso de culpa grave própria, ou de um dos membros da sua família. Há assim uma equiparação à culpa grave do próprio devedor<sup>1676</sup>. A razão de ser desta equiparação reside no fato de o legislador presumir que o devedor, atendendo ao estrito âmbito da sua família, tem o dever de estar ao corrente do comportamento desta, e, por outro lado, tendo poderes de controlo sobre os seus funcionários, deve efetuar uma escolha diligente dos mesmos<sup>1677</sup>.

XXII. O depositário pode exonerar-se da sua responsabilidade nos casos taxativamente<sup>1678</sup> previstos na lei: (a) quando a subtração, perda ou deterioração da coisa resulte exclusivamente de culpa grave do cliente, seus dependentes, acompanhantes ou visitas; (b) quando resulte da natureza ou de vício da própria coisa; (c) ou quando resulte de caso fortuito.

XXIII. O artigo 1229.º CCI admite tanto a exclusão como a limitação da responsabilidade do devedor pelos seus auxiliares, exceto em caso de dolo ou culpa grave<sup>1679</sup>.

Contudo, é controverso se a primeira parte do preceito se aplica em caso de convenção de irresponsabilidade por fato doloso ou gravemente culposo por parte do auxiliar<sup>1680</sup>. Nestes termos, é válida a *clausola di manleva*<sup>1681</sup>.

---

<sup>1676</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 113, onde assinala que, mesmo que assim não fosse, chegar-se-ia à mesma solução por meio de analogia com o artigo 1228.º do CCI.

<sup>1677</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 118.

<sup>1678</sup> VINICIO GERI, *La responsabilità civile dell'albergatore*, ob. cit., p. 123.

<sup>1679</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 473.

<sup>1680</sup> GIORGIO CIAN / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, ob. cit. p. 1229.

<sup>1681</sup> GIORGIO CIAN / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, ob. cit., p. 1230.

## Os artigos 2047.º a 2049.º do Codice de 1942

I. A nível delitual, o Codice Italiano consagra o princípio da responsabilidade subjetiva, de acordo com os seus artigos 2043.º e 2046.º:

### *Art. 2043*

#### *Risarcimento per fatto illecito*

*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*

### *Art. 2046*

#### *Imputabilità del fatto dannoso*

*Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa.*

Decorre destes preceitos um princípio geral de responsabilidade civil assente na exigência de culpa: aquele que praticar um ato ilícito, com dolo ou mera culpa, responde pelos danos causados. Por isso mesmo, é necessário que o agente seja imputável, i.e., que tenha discernimento no momento em que pratica o fato, a menos que se tenha colocado culposamente nessa situação por forma a causar o dano.

II. Relevante é ainda o disposto no artigo 2047.º CCI:

### *Art. 2047*

#### *Danno cagionato dall'incapace*

*In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.*

*Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità.*

Assim, sendo o dano causado por pessoa incapaz, a indenização é em princípio devida não por este, mas por parte da pessoa que tinha o dever de o vigiar, a menos que esta elida a presunção de culpa que sobre si impende.

III. Sob a epígrafe *Responsabilità dei genitori; dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*, estabelece o artigo 2048.º do CCI:

*Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.*

*I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.*

*Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto.*

De acordo com este normativo, os pais, professores e mestres respondem pelos danos causados pelos filhos menores e não emancipados, interditandos e alunos, respetivamente. No entanto, no caso dos professores e mestres, estes podem elidir a presunção de culpa, demonstrando que não podiam ter impedido o fato ilícito.

Esta norma prevê assim a responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores e não emancipados ou pessoas submetidas à sua tutela e que com eles habitem. Trata-se, como faz notar Giovanna Visintini, de uma responsabilidade *conjunta*, no sentido de que não obsta à responsabilidade simultânea do autor do ato<sup>1682</sup>.

A responsabilidade é *subjetiva*, na medida em que se baseia na presunção de culpa do agente, daí a inversão do ónus da prova e a possibilidade de o

---

<sup>1682</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 597. Sobre este assunto, veja-se a sentença da *Cassazione*, Sezione III civile, sentenza 28 giugno 1946, em *Il Foro Italiano*, Volume LXX, Anno 1947, pp. 381 e seguintes, no âmbito da qual se considerou que o mandante responde, a título de responsabilidade extracontratual concorrente com responsabilidade contratual, pelo ato do mandatário, ainda que este haja exorbitado no exercício das competências que lhe foram atribuídas. Assim, “*il genitore è tenuto a pagare il corrispettivo della confezione di vestiti, che la figlia minore abbia commesso per il fidanzato, ancorché non ne abbia ratificato l’operato*”.

agente demonstrar que *non avere potuto impedire il fatto*. De acordo com o entendimento da doutrina italiana, o afastamento da presunção de culpa requer, da parte do onerado, a prova de que proporcionou ao filho *una buona educazione e dia ver esercitato su di lui una vigilanza adeguata (prova positiva)*<sup>1683 1684</sup>.

IV São os seguintes os pressupostos da responsabilidade prevista no artigo 2048.<sup>o</sup> CCI:

- a) Coabitação com o pai<sup>1685 1686</sup>;
- b) Capacidade de entender e de querer do menor<sup>1687</sup>;
- c) Ato ilícito cometido pelo menor de idade<sup>1688</sup>;
- d) Não elisão da presunção de culpa, consistente na omissão de vigilância e educação (*culpa in educando*<sup>1689</sup> e *in vigilando*)<sup>1690</sup>.

---

<sup>1683</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 597.

<sup>1684</sup> Sustentando a aplicação deste regime à culpa *in contrahendo*, para efeitos de condenação do mandante, por responsabilidade extracontratual indireta, quando o mandatário atua de tal forma que, aparentemente, respeita os limites do mandato, perante um terceiro de boa fé, cf. RODOLFO SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano XLIX, 1951, Parte Seconda, pp. 82 e seguintes.

<sup>1685</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., pp. 598 e 599, salienta que não basta que o filho frequente a casa dos progenitores, sendo necessária a coabitação propriamente dita. No entanto, a jurisprudência já entendeu que a responsabilidade subsiste caso os filhos residam noutro local mas hajam cometido o ato ilícito durante uma temporada em que coabitavam com os progenitores. Tem-se assim entendido que a responsabilidade apenas cessa quando o menor tenha deixado, de forma estável, a casa da família, por fato não imputável ao progenitor, subtraindo-se desse modo à possibilidade de controlo e de vigilância.

<sup>1686</sup> Neste sentido, cf. RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, ob. cit., p. 695.

<sup>1687</sup> Em contraste com o preceito anterior: Artigo 2047 (*Danno cagionato dall'incapace*): *In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità.*

<sup>1688</sup> A jurisprudência tem, no entanto, admitido a possibilidade de não imputar a responsabilidade aos progenitores em casos em que o filho se encontra muito próximo da maioridade, isto é, dotado de um grau de maturidade suficiente. Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 599.

<sup>1689</sup> No entanto, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 602, refere que alguma jurisprudência tende a desvalorizar a prova da boa educação proporcionada ao menor, centrando o problema na questão de haver possibilidade de vigilância ou não.

<sup>1690</sup> O entendimento acerca do fundamento desta responsabilidade não é pacífico, havendo autores que procuram a sua objetivação, considerando que a imputação assenta na relação qualificada existente entre progenitor e filho, na qualidade de progenitor ou na existência de

Parece ser relativamente unânime que a aproximação à maioria implica uma redução do conteúdo da obrigação de vigilância por parte dos progenitores<sup>1691</sup>. Por outro lado, a ideia de uma responsabilidade assente na boa educação parece aproximar-se da responsabilidade objetiva.

V. Regista-se nalguma jurisprudência a tendência para a objetivação desta imputação, como se denota do caso decidido pela *Cassazione* de 1 de abril de 1980, em que o progenitor foi considerado responsável, não obstante o ato ilícito ter sido cometido fora da sua esfera de vigilância, mais propriamente na escola e na presença do professor<sup>1692</sup>.

Noutros casos, a responsabilidade do progenitor foi excluída, em atenção à especial maturidade do menor. Assim aconteceu no caso decidido em 20 de junho de 1963 pelo Tribunal de Florença, em que o progenitor foi exonerado por ter concedido ao filho a utilização de um automóvel com o fim de exercício de uma atividade profissional<sup>1693</sup>; bem como num caso decidido pela *Cassazione* em 13 de Maio de 1975, em que o ato ilícito ocorreu durante o exercício de uma atividade desportiva.

Outro caso em que a responsabilidade foi excluída foi decidido pela *Cassazione* em 30 de outubro de 1984, onde se decidiu que a obrigação de vigilância do progenitor não incluía o período de tempo que medeia entre a casa de família e a escola<sup>1694</sup>.

Também neste sentido se parece pronunciar alguma doutrina, ao referir que, ainda que assente na presunção de culpa, em bom rigor, a imputação apenas requer que se verifique um fato danoso praticado por um menor que

---

um dever de garantia da parte deste. Criticando esta orientação, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 601.

<sup>1691</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 603.

<sup>1692</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 604.

<sup>1693</sup> Referido por GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 605, ao qual não lográmos ter acesso.

<sup>1694</sup> Referido por GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 605 e 606, ao qual não lográmos ter acesso.

coabite com o agente<sup>1695</sup>. Todavia, assinale-se que a jurisprudência que atenua a responsabilidade do progenitor é, não obstante estes casos, minoritária<sup>1696</sup>.

VI. Para além dos progenitores, o artigo 2048.º CCI estabelece a responsabilidade dos *preceptores*<sup>1697</sup> e dos mestres, pelos atos ilícitos cometidos pelo aluno ou aprendiz durante a sua vigilância<sup>1698</sup>. Estão aqui incluídos o pessoal de vigilância em institutos de recuperação de menores e os funcionários em colónias de férias, bem como os funcionários não docentes em caso de dano causado fora das aulas<sup>1699</sup>.

A responsabilidade prevista no artigo 2048.º CCI para os professores e os mestres pode coexistir com a responsabilidade dos progenitores e dos empregadores, na medida em que o título de imputação seja diverso: assim, a responsabilidade do professor pode resultar de culpa *in vigilando*, a do progenitor de culpa *in educando* e a do empregador da natureza objetiva que a inculca<sup>1700</sup>.

Tal como no caso dos progenitores, a responsabilidade do professor poderá ser atenuada em razão da maturidade do vigiado<sup>1701</sup>.

VII. Ao contrário do disposto no artigo 491.º CC, o *Codice* não parece limitar a responsabilidade aos danos causados a terceiro – pelo menos, tal não resulta da letra do preceito.

Não obstante, segundo Giovanna Visintini, tanto o artigo 2047.º, como o artigo 2048.º CCI restringem-se aos danos causados a terceiro<sup>1702</sup>. Contudo,

---

<sup>1695</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, ob. cit., p. 694, salientando que o aspeto essencial da responsabilização assenta na relação especial existente entre o agente e o menor, que será uma *relação qualificada*.

<sup>1696</sup> Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 605.

<sup>1697</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 612, critica a terminologia legal, que considera arcaica, uma vez que estão em causa os professores, tanto de escolas públicas como privadas.

<sup>1698</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 614, informa que a jurisprudência tem ainda estendido esta imputação aos funcionários auxiliares ao serviço de ensino, bem como aos que exercem funções de instrução e assistência desportiva.

<sup>1699</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 615.

<sup>1700</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 616.

<sup>1701</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 618.

também critica a decisão da *Cassazione* de 27 de fevereiro de 1995, onde se excluiu a responsabilidade num caso em que um professor não impediu que o aluno vigiado, com 5 anos de idade, causasse dano a si mesmo. Com efeito, considera que, ainda que aqueles preceitos não pudessem ser aplicados, poderia ter sido estabelecida a responsabilidade direta, em termos extracontratuais ou contratuais, nomeadamente ao abrigo do artigo 2043.º ou do artigo 1218.º, conjugado com o artigo 1175.º do *Codice*, isto é, por violação de deveres de proteção<sup>1703</sup>.

VIII. Em contraste com o artigo 2048.º, o artigo 2047.º do CCI estabelece a responsabilidade do vigilante pelos atos cometidos por um incapaz, nos termos supra assinalados.

Trata-se de norma próxima do nosso artigo 491.º CC, exigindo igualmente a falta de discernimento do autor do dano e admitindo o afastamento de responsabilidade caso o agente demonstre que não poderia ter impedido o fato<sup>1704</sup>.

A responsabilidade do vigilante assenta numa presunção de culpa, no sentido de que a sua vigilância não foi corretamente executada<sup>1705</sup>.

São vigilantes, na aceção desta disposição:

- a) Os progenitores, em relação aos filhos menores sem capacidade natural de entender e de querer<sup>1706</sup>;
- b) Os tutores e os professores, durante o período de tempo em que os incapazes se encontram sob a sua vigilância<sup>1707</sup>;

---

<sup>1702</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 618.

<sup>1703</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 618.

<sup>1704</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 606, refere que “*Si tratta di una fattispecie di responsabilità per fatto altrui analoga a quella che abbiamo descritto nel paragrafo precedente a carico dei genitori, ma che, a differenza di quest’ultima, non há trovato frequenti applicazioni*”. Todavia, em bom rigor, não parece poder falar-se de responsabilidade por fato de outrem numa situação em que o autor do dano não tem capacidade de entender e de querer.

<sup>1705</sup> Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 607.

<sup>1706</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 607, chama a atenção para o fato de ser mais simples a elisão da presunção de culpa no artigo 2047.º do que no artigo 2048.º, porquanto no primeiro caso basta demonstrar que não poderia ter impedido o fato, enquanto no segundo tem de demonstrar que proporcionou uma boa educação.

<sup>1707</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 608.

- c) Outros casos em que, por lei, alguém esteja submetido à vigilância de outrem<sup>1708</sup>;
- d) Casos em que se verifica a assunção por via negocial da obrigação de vigilância;
- e) Situações de vigilância de fato (assunção espontânea da vigilância, emanada de uma convivência estável com o incapaz)<sup>1709</sup>.

IX. Estamos, assim, diante de responsabilidade por fato próprio, assente na falta de discernimento do autor do fato lesante e no dever de vigilância de evitar que essa condição cause prejuízos a outrem<sup>1710</sup>.

No caso italiano, a imputação é feita também aos preceptores e a todos os que ensinem uma arte ou ofício, em relação aos danos praticados pelos seus alunos ou aprendizes ao tempo em que se encontravam debaixo da sua vigilância<sup>1711</sup>. Não obstante, nalguns casos, podemos estar diante de responsabilidade obrigacional, e não delitual<sup>1712</sup>.

X. Por seu turno, ainda a nível delitual, o artigo 2049.º do *Codice* regula a *responsabilità dei padroni e dei committenti*, nos seguintes moldes:

*I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.*

Segundo Giovanna Visintini, atualmente o Código Civil Italiano impõe uma responsabilidade em termos objetivos<sup>1713</sup>. Assim, o principal responde por

<sup>1708</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 608.

<sup>1709</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 609.

<sup>1710</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, ob. cit., p. 696, sublinhando que esta responsabilização é considerada devido ao seu significado social.

<sup>1711</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, ob. cit., p. 696.

<sup>1712</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, ob. cit., p. 692.

<sup>1713</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 619, sublinha que muitas vezes a jurisprudência ainda invoca a presunção de culpa, mas explica tais referências por tradição histórica, sem qualquer efeito em termos de aplicação do regime jurídico. Cf. também PIETRO TRIMARCHI, *La responsabilità per il fatto dei dipendenti*, em *Rivista di Diritto Civile*, Anno V, 1959, Parte Prima, pp. 604 e seguintes.



ser o titular de uma atividade, no âmbito da qual assume pessoal ao seu serviço, ou seja, assume o risco de certa atividade ou iniciativa económica<sup>1714</sup>. Por isso, contrariamente ao que se verifica nos artigos 2047.º e 2048.º CCI, o agente não pode exonerar-se da sua responsabilidade com a demonstração de que não poderia ter impedido o dano<sup>1715</sup>, respondendo independentemente de culpa<sup>1716</sup><sup>1717</sup>.

Como assinala Pietro Rescigno, a verdade é que este é um princípio antigo<sup>1718</sup>. Contrariamente ao disposto nos artigos 2047.º e 2048.º, o artigo 2049.º CCI consagra uma verdadeira responsabilidade indireta, isto é, por fato de outrem, não assente em presunção de culpa do agente<sup>1719</sup>.

Tal como no Direito alemão, a jurisprudência italiana tem aplicado o artigo 2049.º CCI tanto a entidades privadas como públicas. Neste sentido, Giovanna Visintini é da opinião que a norma pode inclusivamente ser aplicada ao *exercício de atividades técnicas*, como será o caso da manutenção de estradas ou construção de obras públicas, bem como em caso de inobservância, pela administração pública, do princípio *neminem laedere*<sup>1720</sup>. Aplica-se ainda que o preposto seja uma pessoa que exerce poderes de administração no âmbito de uma *pessoa jurídica*<sup>1721</sup>.

São os seguintes os requisitos de aplicação do artigo 2049.º CCI<sup>1722</sup>:

---

<sup>1714</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., pp. 619 e 620, reconduzindo esta imputação ao modelo de responsabilidade por risco da empresa, com base numa ideia de distribuição dos custos e dos proveitos.

<sup>1715</sup> Reforçando este ponto, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 623, sublinha que nenhuma responsabilidade subjetiva pode assentar numa presunção de culpa inelidível.

<sup>1716</sup> PIETRO TRIMARCHI, *La responsabilità per il fatto dei dipendenti*, ob. cit., p. 611.

<sup>1717</sup> Em crítica, RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, ob. cit., p. 697, considera que acaba por se tratar de uma *ficção*, sendo dúbio que os comitentes devam responder mesmo que tenham aplicado toda a diligência na escolha e vigilância do preposto.

<sup>1718</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Settima Edizione, Nápoles, Eugenio Jovene, 1986, p. 347.

<sup>1719</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 347.

<sup>1720</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 636, não sem referir que a mesma responsabilidade tem sido recusada em relação aos hospitais.

<sup>1721</sup> PIETRO TRIMARCHI, *La responsabilità per il fatto dei dipendenti*, ob. cit., p. 653.

<sup>1722</sup> Corte di Cassazione, Sezione 3ª Civile, 7 ottobre 1967, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, VIII Serie, Anno XLI, N. 3, Maggio – Giugno 1968, pp. 223-228, com anotação de Vinicio Geri, p. 224. Sobre o tema, cf. RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, ob. cit., pp. 691 e seguintes.

- a) Existência de uma relação de comissão, baseada num vínculo de dependência;
- b) Culpa do comissário;
- c) Uma relação de *ocasionalidade necessária* entre as funções exercidas e o evento que causou o dano<sup>1723</sup>.

Vejamos em pormenor estes pressupostos.

XI. A jurisprudência italiana tem considerado suficiente para a responsabilização do empregador, na sua qualidade de *comitente*, a prova da conexão do ato ilícito cometido pelo proposto com o exercício da competência atribuída pelo principal<sup>1724</sup>. Não seria, assim, necessário que entre o autor do fato e o responsável existisse um nexo de subordinação<sup>1725</sup>. De modo que se entende que o artigo 2049.º do *Codice* é aplicável<sup>1726</sup>:

- a) Em caso de relação de trabalho temporária e ocasional;
- b) Em caso de mandato, nomeadamente de administradores e sócios na execução das suas competências;

Diferentemente, para Giovanna Visintini, o critério da imputação é tão-só o de que o principal seja titular de uma atividade e que o proposto atue por conta daquele, sendo o dano causado por ocasião do exercício dessa atividade, podendo o agente controlar as condições de risco inerentes à mesma<sup>1727</sup>. Deve, assim, existir um nexo de trabalho dependente e não autónomo, à semelhança do que vem sendo sustentado pela doutrina portuguesa a respeito do artigo 500.º do CC<sup>1728</sup>.

---

<sup>1723</sup> Sobre este requisito, cf. RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, ob. cit., p. 699.

<sup>1724</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 622.

<sup>1725</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 623, refere esta circunstância como argumento a favor da fundamentação objetiva da responsabilidade, porquanto uma responsabilidade assente em presunção de culpa careceria desse vínculo, por forma a poder sustentar um dever de vigilância.

<sup>1726</sup> Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 624.

<sup>1727</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 625, salientando contudo não ser relevante a possibilidade concreta de controlo, mas apenas a possibilidade abstrata, resultante da titularidade da atividade.

<sup>1728</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 625.

XII. Alguma jurisprudência italiana considera que, para efeitos da aplicação desta norma, não é necessário que se verifique uma relação de causalidade propriamente dita entre a tarefa atribuída e o fato ilícito, sendo suficiente *“una relazione di occasionalità necessaria, nel senso che determinate mansioni abbiano agevolato o reso possibile il fatto medesimo”*<sup>1729 1730</sup>. Destarte, a jurisprudência tem vindo a reduzir consideravelmente o âmbito do requisito, ao exigir apenas que se verifique a *ocasionalidade necessária* entre a incumbência atribuída ao dependente e o fato cometido, *“nel senso che le prime abbiano reso possibile o anche solamente agevolato il compimento del fatto”*<sup>1731</sup>.

Para quem seguir este entendimento, no que concerne à conexão entre o ato e as funções acometidas, não afasta a responsabilidade do principal o fato de:

- a) Estar em causa um ato com fins pessoais;
- b) Um ato praticado *por ocasião* do exercício das funções.

Não obstante, exige-se que o dano seja imputável ao comissário a título subjetivo<sup>1732</sup>. Segundo a orientação da jurisprudência italiana, *“È sufficiente che, tra l'esercizio dell'incarico e la consumazione dell'illecito esista, se non un rigoroso nesso di causa ad effetto, almeno un rapporto di occasionalità necessaria, ossia che l'evento lesivo sia reso possibile o comunque agevolato dall'inadempimento dell'incarico”*<sup>1733</sup>.

De acordo com este entendimento, basta, então, que se verifique uma relação de *ocasionalidade necessária*. Por isso, não cabe nesta imputação a situação em que dois funcionários entram em agressão recíproca na empresa; em

---

<sup>1729</sup> Neste sentido, cf. a sentença do Tribunale de Milão de 16 de junho de 1980, disponível em *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Anno XLVI, 1983, Parte Seconda, p. 382.

<sup>1730</sup> No entanto, não há unanimidade. Veja-se o Acórdão da Cassazione Civile, III Sezione, 12 luglio 1965, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Ano 1966, pp. 345 e seguintes, onde se considerou o seguinte: *“Gli enti pubblici (nella specie, Banco di Napoli) non rispondono, nè direttamente sulla base di un rapporto di rappresentanza, nè indirettamente sulla base di un rapporto di dipendenza, del fatto illecito doloso commesso dal dipendente in occasione del servizio.”*.

<sup>1731</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 768.

<sup>1732</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 627.

<sup>1733</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 630.

contrapartida, o artigo aplica-se à fraude cometida por um funcionário bancário nas operações de balcão no âmbito das relações com os clientes<sup>1734</sup>.

XIII. Note-se que nem sempre a jurisprudência italiana adotou este conceito amplo. Com efeito, noutras decisões a perspectiva sustentada foi mais restritiva, por forma a evitar uma aplicação excessiva da norma, exigindo-se, para além da ocasionalidade necessária, a existência de um nexo funcional (*collegamento funzionale*) entre o exercício das funções e o evento lesivo, não havendo, assim, responsabilidade por fato de outrem caso o fato ilícito fosse praticado no âmbito da esfera privada do agente<sup>1735</sup>.

Assim:

- a) A *Cassazione* rejeitou a responsabilidade do empregador num caso em que um funcionário começou a guardar ressentimento em relação a um colega e certo dia explodiu de raiva e o agrediu com um bastão;
- b) Numa outra decisão, foi excluída a responsabilidade da empresa de vigilância num caso em que um dos seus funcionários, manejando uma arma usada na profissão, feriu um colega, por considerar que tal não estava ligado ao exercício das funções;
- c) A *Cassazione*, em acórdão de 12 de setembro de 1968, num caso que envolvia uma briga entre dois trabalhadores (devido a relações amorosas com terceiros) em que o empregador decidiu despedir um deles, tendo a decisão de despedimento sido comunicada pelo outro, e tendo o trabalhador despedido assassinado o funcionário que lhe comunicara o despedimento, considerou que o empregador era responsável, uma vez que o homicídio ocorrera na sequência da comunicação da decisão de despedimento, estando assim ligado ao exercício de uma tarefa no trabalho;

---

<sup>1734</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 630.

<sup>1735</sup> *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Anno XLVI, 1983, Parte Seconda, p. 382.

- d) Em 16 de maio de 1968<sup>1736</sup>, a *Cassazione* considerou que existia conexão bastante para aplicar esta norma, num caso em que um funcionário brincava com uma faca e causou a morte de um colega;
- e) Em 30 de outubro de 1981, a *Cassazione* responsabilizou o empregador num caso em que, numa atividade de construção civil, um trabalhador matou, de forma não intencional, um colega, ao arremessar contra este um tijolo e após ter sido repreendido pelo mesmo, por entender estar em causa um motivo relacionado com o trabalho;

Destacamos o caso decidido pela *Cassazione* em 16 de maio de 1968: o empregador foi responsabilizado, ao abrigo do artigo 2049.º CCI, pelo dano causado por um trabalhador a outro, com fundamento na existência de *ocasionalidade necessária* com o exercício de funções, ocasionalidade essa que teria favorecido a prática do ato ilícito<sup>1737</sup>. O Tribunal sublinhou que esta responsabilidade existia ainda que o trabalhador que causou o dano não fosse um trabalhador com poderes de direção ou de vigilância sobre os demais. De acordo com o decidido, não é necessário que *“tra le mansioni affidate e l’evento sussista un nesso di causalità, essendo, invece, sufficiente che ricorra un semplice rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l’incombenza affidata al commesso (o al domestico) abbia determinato una situazione tale da rendere possibile o da agevolare la consumazione del fatto illecito e, quindi, la produzione dell’evento dannoso”*<sup>1738</sup>.

Ora, neste caso, o trabalhador encontrava-se na cozinha, onde prestava habitualmente a sua atividade, munido de uma faca afiada, instrumento esse que era necessário para o seu trabalho e que utilizou para ameaçar o colega, e que, numa arriscada manobra, acabou por o espetar neste<sup>1739</sup>. Assim, foi

---

<sup>1736</sup> Corte Suprema di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 16 maggio 1968, em *Il Foro Italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1792-1798.

<sup>1737</sup> Corte Suprema di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 16 maggio 1968, em *Il Foro Italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1792.

<sup>1738</sup> Corte Suprema di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 16 maggio 1968, em *Il Foro Italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1795.

<sup>1739</sup> Corte Suprema di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 16 maggio 1968, em *Il Foro Italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1795.

essencial o fato de o trabalhador estar no seu local de trabalho e de o dano ter sido causado com um instrumento de trabalho<sup>1740</sup>.

XIV. O problema tem sido ainda alvo de especial atenção no caso de atuação ilícita de um funcionário bancário. Neste ponto, a jurisprudência tem manifestado sérias divergências. Referem-se de seguida algumas destas situações.

- a) Em 12 de julho de 1965<sup>1741</sup> um banco foi exonerado num caso de apropriação indevida cometida por um funcionário, por o ilícito haver sido cometido fora do horário de trabalho e sem que se desse no âmbito de operações de balcão.

O caso era o seguinte: o cliente entregou ao diretor de uma agência bancária de Milão dinheiro, em mão, pedindo-lhe que colocasse uma parte na própria conta do cliente e outra parte na conta do seu irmão, de forma que o pagamento não passou pelo balcão nem pela caixa da referida agência<sup>1742</sup>.

O tribunal considerou que entre o cliente e o funcionário não foi realizada qualquer operação bancária, havendo antes uma relação de confiança entre ambos, que levara à celebração de um mandato, de direito privado, cujo objeto consistia na tarefa de depositar o dinheiro da forma indicada pelo mandante, o que, por si só, constituía fundamento bastante para excluir qualquer responsabilidade por parte do banco<sup>1743</sup>. Acresce que este tipo de tarefa não integrava o conjunto de atividades desempenhadas pelos empregados bancários<sup>1744</sup>.

---

<sup>1740</sup> Corte Suprema di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 16 maggio 1968, em *Il Foro Italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1796.

<sup>1741</sup> Cassazione Civile, III Sezione, 12 luglio 1965, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Ano 1966, pp. 345-346.

<sup>1742</sup> Cassazione Civile, III Sezione, 12 luglio 1965, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Ano 1966, p. 345.

<sup>1743</sup> Cassazione Civile, III Sezione, 12 luglio 1965, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Ano 1966, p. 345.

<sup>1744</sup> Cassazione Civile, III Sezione, 12 luglio 1965, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Ano 1966, p. 346.

- b) Na sua decisão de 8 de novembro de 1984, a *Cassazione* condenou o banco, num caso em que o funcionário se apropriara de somas do cliente através da aquisição de títulos;
- c) Diferentemente, em 15 de julho de 1980, a *Cassazione* excluiu a responsabilidade do banco num caso de fraude cometida pelo funcionário, mas em que se demonstrou existir uma relação de confiança entre este e o cliente.

XV. A questão da conexão necessária entre o exercício das tarefas e o dano é também discutida na jurisprudência italiana nos casos em que um trabalhador, responsável pela condução de um veículo, transporta, a título gratuito ou oneroso, contratual ou amigável, outras pessoas, as quais vêm a sofrer dano<sup>1745</sup>.

Vejamos alguns casos:

- a) Em 27 de março de 1987, a *Cassazione* responsabilizou o empregador numa situação em quando a *boleia* foi dada a um colega ou a outra pessoa, sendo instrumental em relação à tarefa desenvolvida;
- b) No recurso de apelação decidido em 7 de julho de 1984, o proprietário de uma oficina foi considerado responsável pelos danos causados por um funcionário no exterior da oficina no automóvel deixado para reparação (com base na ideia de que a reparação carecia de uma prova de estrada).

XVI. Uma outra questão discutida a propósito do artigo 2049.º CCI consiste em aferir do modo do seu funcionamento no caso de sociedades, nomeadamente se se deve considerar como responsável a sociedade ou o administrador que haja, em concreto, atribuído ao comissário uma certa função.

---

<sup>1745</sup> Seguimos a exposição de GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 632.

No âmbito da responsabilidade da sociedade e dos seus sócios, o artigo 2395.º CCI determina, efetivamente, que existe *“il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori”*. No entanto, este dispositivo refere-se às situações em que tenha sido o próprio administrador a praticar um ato ilícito, havendo assim a sua responsabilidade direta pelo dano<sup>1746</sup>.

Para Giuseppe Ferri, a sociedade poderá ou não responder pelo ato do administrador, a título indireto, devendo para tal aferir-se se o fato ilícito praticado se refere ao próprio administrador ou à sociedade<sup>1747</sup>.

XVII. Outras disposições relevantes no *Codice* são as seguintes:

*Art. 2053.º*

*Rovina di edificio*

*Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzioni.*

Decorre deste dispositivo a responsabilidade do proprietário do edifício, ou de uma outra construção, pelos danos decorrentes da ruína do mesmo, presumindo-se a sua culpa. Esta presunção pode, contudo, ser afastada, se se demonstrar que a ruína não for devida a defeito de manutenção nem a vício de construção.

XVIII. Por sua vez, de acordo com o artigo 2054.º CCI, é estabelecida a responsabilidade, com culpa presumida, do condutor de um veículo, a maior que prove que fez todos os possíveis para evitar o dano:

---

<sup>1746</sup> Neste sentido, Corte di Cassazione, Sezione 1ª Civile, 24 settembre 1977, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, VIII Serie, Anno LII, N. 5, Settembre – Ottobre 1979, p. 569.

<sup>1747</sup> De acordo com a anotação deste Autor ao acórdão citado na nota anterior, *“E naturalmente la referibilità o meno dell’atto dell’amministratore alla società va stabilita sulla base dei normal criteri della pertinenza o della estraneità dell’atto dell’amministratore all’oggetto della società”*.



Art. 2054.º

*Circolazione di veicoli*

*Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.*

*Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli.*

*Il proprietario del veicolo, o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà.*

*In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo.*

XIX. Saliente-se que as duas disposições anteriores não configuram verdadeiros casos de responsabilidade por fato de outrem, pelo simples fato de que o dado decisivo para haver imputação reside na posição que o agente detém – proprietário do edifício, do veículo, etc. – e que justifica a sua responsabilização, independentemente da verificação de um ato praticado por outrem<sup>1748</sup>.

XX. É ainda de referir o artigo 2051.º do Codice:

Art. 2051

*Danno cagionato da cosa in custodia*

*Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito.*

Decorre deste preceito que, a pessoa que tiver em seu poder a custódia de uma determinada coisa, responde pelos danos que esta venha a sofrer, a menos que prove que os mesmos decorreram de caso fortuito.

---

<sup>1748</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, ob. cit., p. 693.

Wolf considera que com base nesta disposição, o agente responde por *culpa in habendo*, ou seja, responde pelos danos causados pelos objetos que tem em seu poder, se não provar que tais danos resultaram de causa diversa<sup>1749</sup>. Apesar de se tratar de responsabilidade objetiva, o Autor sublinha que muitos autores veem nesta disposição uma presunção de culpa.

Contudo, quando o dano não resulte da própria coisa em si, mas do comportamento doloso ou negligente da pessoa que detém a coisa, não é aplicável o artigo 2051.º do CCI<sup>1750</sup>.

XXI. Por seu turno, no âmbito de danos causados por animais, o artigo 2052.º do CCI determina:

*Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito.*

XXII. Constatase deste modo que o *Codice* italiano contempla a responsabilidade por fato de outrem a título objetivo, quer no âmbito obrigacional, quer a nível delitual. No entanto, a nível delitual proliferam também situações de culpa presumida, que parecem estar em maioria em relação à imputação objetiva presente no artigo 2059.º CCI.

---

<sup>1749</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>1750</sup> Assim, cfr. Corte di Cassazione, Sezione 3ª Civile, 24 novembre 1979, em *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Torino, Anno XLIX, 1979, p. 1530-1531.

## O Codice della Navigazione

I. No Direito italiano, à semelhança do que encontramos no Direito Português, o artigo 1228.º CCI não é aplicável quando haja um regime especial, o que se verifica desde logo no âmbito do transporte marítimo, regulado no Código da Navegação.

II. A propósito da responsabilidade do armador, determina o artigo 274.º deste Código o seguinte:

### Art. 274

#### *Responsabilità dell'armatore*

*L'armatore è responsabile dei fatti dell'equipaggio e delle obbligazioni contratte dal comandante della nave, per quanto riguarda la nave e la spedizione.*

*Tuttavia l'armatore non risponde dell'adempimento da parte del comandante degli obblighi di assistenza e salvataggio previsti dagli articoli 489, 490, nè degli altri obblighi che la legge impone al comandante quale capo della spedizione.*

Decorre deste normativo que o proprietário do navio é responsável pelos fatos da tripulação, bem como pelas obrigações contraídas pelo capitão do navio, no que diz respeito ao navio e transporte.

No entanto, o proprietário não é responsável pelo cumprimento das obrigações da assistência e salvação previstas nos artigos 489.º e 490.º, nem pelo cumprimento de outras obrigações que a lei especialmente impõe ao comandante, na sua qualidade de líder da expedição.

III. Nos termos do artigo 421.º do Código da Navegação:

*Il vettore, prima dell'inizio del viaggio, oltre ad usare la normale diligenza perché la nave sia apprestata in stato di navigabilità e convenientemente armata ed equipaggiata, deve curare che le stive, le camere refrigeranti, quelle frigorifere e le altre parti della nave destinate alla caricazione siano*

*in buono stato per il ricevimento, la conservazione e il trasporto delle merci.*

O transportador tem a obrigação de, antes do início da viagem, usar a normal diligência que lhe é exigível para se assegurar de que o navio se encontra suficiente e adequadamente armado e em bom estado de conservação para receber, conservar e transportar as mercadorias.

IV. Adicionalmente, no que concerne à responsabilidade do transportador, o artigo 422.º do Código da Navegação estabelece que o transportador marítimo não responde pela culpa náutica dos seus dependentes, podendo ser no entanto responsabilizado caso tenha atuado com culpa na sua seleção:

*Il vettore è responsabile della perdita o delle avarie delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve al momento in cui le riconsegna, nonché dei danni per il ritardo, a meno che provi che la causa della perdita, delle avarie o del ritardo non è stata, nè in tutto nè in parte, determinata da colpa sua o da colpa commerciale dei suoi dipendenti e preposti.*

*Deve invece l'avente diritto alla riconsegna provare che la causa della perdita, delle avarie o del ritardo è stata determinata da colpa del vettore o da colpa commerciale dei di lui dipendenti e preposti, quando il danno è stato prodotto da vizio occulto, o da innavigabilità della nave non derivante da inadempimento agli obblighi di cui all'articolo precedente, da colpa nautica dei dipendenti o preposti del vettore, da fortuna o pericoli di mare, incendio non determinato da colpa del vettore, pirateria, fatti di guerra, sommosse e rivolgimenti civili, provvedimenti di autorità di diritto o di fatto, anche a scopo sanitario, sequestri giudiziari, scioperi o serrate, impedimenti al lavoro generali o parziali, atti o tentativi di assistenza o salvataggio ovvero deviazione del viaggio fatta a tale scopo, cattivo stivaggio, vizio proprio della merce, calo di volume o di peso, insufficienza degli imballaggi, insufficienza o imperfezione delle marche, atti od omissioni in genere del caricatore o dei suoi dipendenti o preposti.*

V. Assim:

- a) O transportador responde pela perda da coisa que lhe é entregue com vista ao respetivo transporte, a partir do momento da entrega, bem como pelo atraso na entrega da mesma, a menos que prove que a causa da perda ou atraso não foi devida a culpa da sua parte, nem a culpa dos seus trabalhadores ou prepostos;
- b) A título excecional, o transportador marítimo não é responsável caso se verifique culpa náutica dos seus dependentes (artigo 422.º), sendo, contudo, relevante a eventual culpa *in eligendo* do seu pessoal (artigo 421.º).

VI. Contudo, tratando-se de *transporte amigável*, vigora o disposto no artigo 414.º do Código da Navegação:

*Chi assume il trasporto di persone o di bagagli a titolo amichevole è responsabile solo quando il danneggiato provi che il danno dipende da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti.*

Assim, o regime é exatamente inverso neste caso, em que se repõe a responsabilidade subjetiva, cabendo o ónus da prova da culpa do transportador, ou de um dos seus propostos, ao próprio lesado.

VII. Já o artigo 878.º do Código da Navegação prevê o seguinte:

*Art. 878*

*Responsabilità dell'esercente*

*L'esercente è responsabile dei fatti dell'equipaggio e delle obbligazioni contratte dal comandante, per quanto riguarda l'aeromobile e la spedizione.*

*Tuttavia l'esercente non risponde dell'adempimento da parte del comandante degli obblighi di assistenza e di salvataggio previsti negli articoli 981, 982, nonché degli altri obblighi che la legge impone al comandante quale capo della spedizione.*

O proprietário, ou, de um modo geral, a pessoa que for responsável pela exploração do navio ou da *empresa de navegação* (cf. previsto no artigo 874.º do Código da Navegação), é responsável pelos atos e omissões da tripulação, bem como pelas obrigações contraídas pelo capitão, em tudo quanto respeite à expedição marítima. Excecionada é, no entanto, a obrigação, imposta por lei à pessoa do capitão, da obrigação de salvação, uma vez que o incumprimento desta é apenas acometido ao próprio devedor, i.e., ao capitão.

# DIREITO SUÍÇO

## Generalidades

I. Na Suíça, há que considerar essencialmente dois normativos relevantes: o Código Civil Suíço<sup>1751</sup> e o Código Suíço das Obrigações. O Código Civil Suíço de 1907<sup>1752</sup> foi fruto dos trabalhos de Eugen Huber<sup>1753</sup>, sendo a sua principal diferença face ao português a ausência de uma parte geral<sup>1754</sup>. Antes apresenta uma sistematização dividida em cinco livros: pessoas, família, sucessões, coisas e obrigações<sup>1755</sup>.

II. O Código Suíço das Obrigações contém várias normas sobre a intervenção de auxiliares, quer em termos delituais, quer obrigacionais. Assim, p.ex., a propósito dos vícios na formação da vontade negocial, o artigo 27.º declara:

*Les règles concernant l'erreur s'appliquent par analogie, lorsque la volonté d'une des parties a été inexactement transmise par un messenger ou quelque autre intermédiaire.*

Donde resulta que, caso uma das partes haja recorrido a um mensageiro, isto é, um terceiro, por forma a emitir uma determinada declaração negocial, aplica-se a esta o mesmo regime, ou seja, a possibilidade de anulação com fundamento em erro.

III. No que concerne à responsabilidade por fato ilícito, o artigo 41.º estabelece:

---

<sup>1751</sup> Sobre o tema, cf. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ob. cit., pp. 561 e seguintes.

<sup>1752</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, ob. cit., p. 144, insere-o no grupo de *codificações tardias*.

<sup>1753</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório*, ob. cit., p. 159.

<sup>1754</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *A Teoria Geral da Relação Jurídica – Seu sentido e limites*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Centelha, 1981, p. 64, salienta que este Código contraria o sistema do BGB, pela recusa do abstrato a favor do que é concreto, por ser “o código da pessoa, do direito geral da personalidade”.

<sup>1755</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, ob. cit., p. 145.

*Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.*

Trata-se aqui de uma cláusula geral de responsabilidade civil, semelhante ao n.º 1 do artigo 483.º do CC.

IV. Encontra-se ainda um regime especial aplicável ao empregador, no artigo 55.º do Código Suíço das Obrigações.

De acordo com este preceito, o empregador responde pelos danos causados pelos seus trabalhadores e demais auxiliares, na execução dos respetivos trabalhos. Contudo, pode exonerar-se da sua responsabilidade pelos atos dos seus empregados, bem como pode invocar a relevância negativa da causa virtual. Com efeito, neste preceito estabelece-se o seguinte:

*1 - L'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.*

*2 - L'employeur a son recours contre la personne qui a causé le préjudice, en tant qu'elle est responsable du dommage.*

Assim, o empregador responde, a menos que demonstre que efetuou todas as diligências que lhe competiam, ou que, mesmo que o tivesse feito, tal não teria impedido a produção do dano. A culpa do empregador é presumida, ainda que se trate de presunção elidível<sup>1756</sup>. Para que a norma seja aplicável, é necessário que haja um contrato de trabalho, ou seja, uma pessoa *"qui sont liées*

---

<sup>1756</sup> Contudo, A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, 1er Volume, *Adaptation française de la 4ème édition allemande par Max-E. Porret*, Neuchâtel, Delachaux & Nestlé S.A. Éditeurs, 1915, p. 153, referem um caso em que o tribunal considerou que *"Le dommage survenu ensuite d'une négligence extraordinaire d'un employé (explosion d'un canon à grêle) ne fut pas mis à la charge de l'employeur, parce qu'une telle imprudence ne pouvait être considérée comme possible"*, situação que se afigura criticável.



*par un contrat de travail (...) et dans un rapport de subordination envers l'employeur*<sup>1757</sup>.

Contudo, a doutrina articula esta disposição com o artigo 101.º, concluindo que a prova liberatória apenas é admitida no domínio delitual; a nível obrigacional, vigora o artigo 101.<sup>o1758</sup>. Portanto, o art. 55.º é apenas aplicável ao âmbito delitual<sup>1759</sup>.

V. Outro normativo relevante é o artigo 56.º, onde se estabelece uma presunção de culpa, por falta de vigilância do animal<sup>1760</sup>:

*Responsabilité du détenteur d'animaux*

*I. Dommages-intérêts*

*1 En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable, si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.*

*2 Son recours demeure réservé, si l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui.*

VI. Por sua vez, de acordo com o artigo 58.º:

*Responsabilité pour des bâtiments et autres ouvrages*

*I. Dommages-intérêts*

*1 Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien.*

---

<sup>1757</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 155.

<sup>1758</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 152. Cf., também, a p. 154, a referência a que “L’existence de bons certificats ne dispense pas l’employeur de se convaincre par lui-même de la valeur de son personnel”, bem como o caso de “Un patron est responsable de l’ingénieur, qui a surveillé les ouvriers d’une manière insuffisante et a mal repartí le travail.”.

<sup>1759</sup> Assim, cf. ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l’exécution d’une obligation (Art. 101 C.O.)*, Genebra, Imprimerie A. Mayor, 1937, p. 44.

<sup>1760</sup> Neste sentido, cf. A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 157.

*2 Est réservé son recours contre les personnes responsables envers lui de ce chef.*

A doutrina e o desenvolvimento que a jurisprudência conferiu a esta disposição concluem que o lesado deve demonstrar a existência de um dever de vigilância, a relação de causalidade entre este dever e o dano sofrido e a importância do dano<sup>1761</sup>. A responsabilidade prevista neste artigo 58.º é independente da existência de uma falta pessoal por parte do agente, sendo uma responsabilidade legal<sup>1762</sup>.

Contudo, assinala-se que a responsabilidade não prescinde de um delito, nomeadamente a nível da construção ou da conservação da coisa, simplesmente não tem de ser uma falta cometida pelo responsável, que é sempre o proprietário. O proprietário responde, ainda que não estivesse em seu poder impedir o dano: *“Il est donc responsable en vertu de la loi, sans qu’il y ait faute personnelle, même pour la faute d’autrui ou pour cas fortuit”*<sup>1763</sup>. Por isso, não estamos diante de uma presunção de culpa que o proprietário possa elidir<sup>1764</sup>. Do mesmo modo, a falta culposa por parte do empreiteiro, também não exonera o proprietário da sua responsabilidade<sup>1765</sup>.

---

<sup>1761</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 150.

<sup>1762</sup> Neste sentido, cf. A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 150.

<sup>1763</sup> Neste sentido, cf. A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 161, salientando que, por isso, a lei suíça vai mais longe do que a francesa e a alemã.

<sup>1764</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 162.

<sup>1765</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 164.

## O artigo 101.º do Código das Obrigações Suíço

I. A nível obrigacional, de acordo com o artigo 68.º, *“Le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même”*.

O artigo 97.º estabelece o regime de responsabilidade obrigacional:

*Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.*

Adicionalmente, o artigo 99.º estabelece que o devedor responde por todo o incumprimento, remetendo, com as necessárias adaptações, para o regime da responsabilidade pela prática de ato ilícito.

II. Inicialmente, o artigo 115.º do Código Suíço das Obrigações de 1881 estabelecia que *“Le débiteur répond de la faute commise par ceux des membres de sa famille qui sont placés sous son autorité, par ses employés et par ses ouvriers”*.

Atualmente, o artigo 333.º do Código Civil Suíço determina o seguinte:

*Le chef de la famille est responsable du dommage causé par les mineurs, par les personnes sous curatelle de portée générale ou par les personnes atteintes d'une déficience mentale ou de troubles psychiques placés sous son autorité, à moins qu'il ne justifie les avoir surveillés de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.*

*Il est tenu de pourvoir à ce que les personnes de la maison atteintes d'une déficience mentale ou de troubles psychiques ne s'exposent pas ni n'exposent autrui à péril ou dommage.*

*Il s'adresse au besoin à l'autorité compétente pour provoquer les mesures nécessaires.*

Assim:

- a) Há responsabilidade do chefe de família, pelos danos causados pelos menores, pessoas sob o seu cuidado ou que padeçam de deficiência mental ou psíquica que se encontrem debaixo da sua autoridade;

- b) Esta responsabilidade assenta numa presunção de culpa, que pode ser elidida pelo agente, demonstrando ter tomado as medidas necessárias a evitar o dano.

III. A norma mais importante neste âmbito é, no entanto, o artigo 101.º do Código Federal Suíço das Obrigações (*Code Fédéral des Obligations*), revisto em 1911, onde se prevê o seguinte<sup>1766</sup>:

*Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des employés, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.*

*Une convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires.*

*Si le créancier est au service du débiteur, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère.*

IV. Assim, o sistema suíço é similar ao BGB alemão, já que a nível delitual o artigo 55.º, supra referido, estabelece uma presunção de culpa, enquanto no domínio obrigacional o artigo 101.º consagra um regime de responsabilidade objetiva<sup>1767</sup>.

De acordo com esta disposição:

- a) O devedor responde perante o credor pela atuação dos seus auxiliares;
- b) A sua responsabilidade é objetiva, i.e., não depende de culpa do próprio devedor;

---

<sup>1766</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 263.

<sup>1767</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 151; KARL SPIRO, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berna, Verlag Stämpfli, 1984, em especial as pp. 131 e seguintes.

- c) Para que assim seja, é preciso que o recurso ao auxiliar seja lícito, ou seja, que não constitua uma infração contratual, pois, se assim for, a responsabilidade do devedor existirá a título subjetivo;
- d) O devedor responde apenas pelos danos cometidos pelos auxiliares na execução do respetivo trabalho;
- e) As partes podem excluir, total ou parcialmente, a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares.

Para que o art. 101.º CS seja aplicável, é assim necessária a pré-existência de uma relação obrigacional, entre credor e devedor, ainda que possa tratar-se apenas de uma situação pré-contratual<sup>1768</sup>.

Auxiliar, para efeitos deste preceito, inclui tanto as pessoas pertencentes à família do devedor, ou seja, *pessoas da sua casa, numa interpretação larga*<sup>1769</sup>, bem como os seus empregados ou domésticos, independentemente de saber se entre eles e o devedor há ou não um nexo de subordinação<sup>1770</sup>.

A doutrina parece incluir igualmente neste preceito as situações em que um terceiro tem contato com uma coisa sobre a qual o devedor tem direito de gozo, considerando que ambas as situações são, assim, equiparadas<sup>1771</sup>.

O devedor não responde, pelo art. 101.º CS, se um terceiro se imiscui na obrigação, sem ter para tal sido introduzido pelo próprio devedor<sup>1772</sup>.

O devedor responde tão-só pelos danos causados no cumprimento da obrigação, e não por aqueles que tenham sido apenas *ocasionados* por esse cumprimento<sup>1773</sup>.

Finalmente, as partes podem excluir esta responsabilidade, ainda que em caso de ato doloso do auxiliar, com o limite, no entanto, da ordem pública<sup>1774</sup>.

---

<sup>1768</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., pp. 43 e 46.

<sup>1769</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., p. 47.

<sup>1770</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., p. 49.

<sup>1771</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., p. 53.

<sup>1772</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., p. 58.

<sup>1773</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., p. 79.

---

<sup>1774</sup> ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (Art. 101 C.O.), ob. cit., pp. 116 e seguenti.

## DIREITO FRANCÊS

### Direito antigo

I. O Direito antigo francês caracteriza-se pelos mesmos traços que o Direito romano, ou seja, pela procura de soluções de composição entre o lesante e o lesado e por uma certa aproximação entre responsabilidade civil e penal<sup>1775</sup>. A evolução posterior viria, no entanto, a determinar o abandono da pena privada e a atribuição ao lesado de um direito a indemnização, pelo menos nos casos em que a lesão atingia o bem material de uma pessoa<sup>1776 1777</sup>.

O desenvolvimento posterior do Direito francês possibilitou a separação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, condição essencial para o passo seguinte, consistente na afirmação de um *princípio geral de responsabilidade civil*, nos termos do qual aquele que causar um dano a outrem fica obrigado à respetiva reparação<sup>1778</sup>.

II. Domat, cuja obra constitui inspiração para os atuais artigos 1382.º a 1384.º CCF, reconhecia três tipos de delitos ou atos ilícitos<sup>1779</sup>:

- a) Crime ou delito;
- b) Incumprimento de uma convenção ou delito contratual;

---

<sup>1775</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 44. Cf. ainda F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Tome vingtième, 3<sup>ème</sup> édition, Bruxelas / Paris, Bruylant-Christophe & Ce., Éditeurs / Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, pp. 405 e seguintes.

<sup>1776</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 44, referindo que tal começou a desenvolver-se na segunda metade do século XII. Na p. 45 salientam que, sendo lesada a honra de uma pessoa, a vítima poderia continuar a exigir uma punição, e não uma indemnização.

<sup>1777</sup> RENÉ SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Quatrième édition, Paris, Dalloz, 1979, pp. 271 e seguintes.

<sup>1778</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 45 e 46. Cf. também RENÉ DEMOGUE, *De la réparation civile des délits (Étude de Droit et de Législation)*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1898, pp. 35 e seguintes.

<sup>1779</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. VI.

- c) Situações que não correspondem nem ao incumprimento de uma convenção, nem a um crime ou delito, como as faltas cometidas por negligência ou imprudência<sup>1780</sup>.

É ainda a Domat que se deve a afirmação geral de um princípio de responsabilidade civil: *“C’est une suite naturelle de toutes les espèces d’engagements particuliers et de l’engagement général de ne faire tort à personne que ceux qui causent quelque dommage, soit pour avoir contrevenu à quelque engagement ou pour y avoir manque, sont obligés de réparer le tort qu’ils ont fait”*.

III. Importa assinalar, a este respeito, que os autores do período da pré-codificação sustentavam a inexistência de responsabilidade sem culpa<sup>1781</sup>.

Nesta época, os juristas analisaram em especial o problema da responsabilidade contratual, o que se explica, segundo os Mazeaud, por terem considerado que nos textos romanos existia uma teoria, elaborada sobre este tema. Contudo, estes Autores concluem que, tal como os jurisconsultos romanos, os juristas franceses *“confondirent dans une certaine mesure la question de la détermination du contenu du contrat et celle de la responsabilité contractuelle”*<sup>1782</sup>.

A busca de uma explicação para a culpa conduziu os juristas da pré-codificação a distinguir entre responsabilidade delitual e contratual, sendo exclusiva desta última a graduação da culpa em lata, leve e levíssima<sup>1783</sup>.

Veremos de seguida as soluções que foram consagradas no Direito francês a nível de responsabilidade por fato de outrem.

---

<sup>1780</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 46.

<sup>1781</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 48.

<sup>1782</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 49.

<sup>1783</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 51 e 52.



## O artigo 1384.º do Code Civil

I. Em matéria de responsabilidade por fato de outrem, é pioneiro o artigo 1384.º do CCF<sup>1784 1785</sup>, cuja redação é a seguinte<sup>1786 1787</sup>:

*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

*Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.*

*Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.*

*Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.*

---

<sup>1784</sup> Caracterizando o Código de Napoleão como a “primeira codificação «moderna»”, no âmbito da segunda sistemática, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 133.

<sup>1785</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 259 e seguintes.

<sup>1786</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, Cinquième Édition, Paris, Montchrestien, 1973, p. 442, sublinham as três grandes alterações a este preceito: em 1899, a responsabilidade do Estado foi substituída pela responsabilidade das instituições escolares públicas; em 1937, foi suprimida a presunção de culpa que impendia sobre as instituições escolares, públicas e privadas; em 1970, os pais são considerados responsáveis, em solidariedade com os menores que come les habitem.

<sup>1787</sup> Sobre o tema, cf. PAUL ESMEIN, em *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, pp. 490 e seguintes; RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, I – Sources des Obligations (Suite), Tome III, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, pp. 462 e seguintes; POL JOATTON, *Théorie Générale de la Responsabilité Civile*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1933, pp. 64 e seguintes; GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Quatrième édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 211 e seguintes; PAUL BÉGUIN, *La responsabilité de l'amende pour autrui*, Paris, Jouve et Cie. Éditeurs, 1920, p. 63; MARCEL PLANIOL, *Études sur la responsabilité civile*, em *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, LVIIIème Année, Nouvelle Série, Tome XXXVIII, 1909, pp. 282 e seguintes. Acerca das concretizações deste regime em Direito do Trabalho, cf. também CHRISTOPHE RADÉ, *Droit du Travail et Responsabilité Civile*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 197 e seguintes.

*Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;*

*Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.*

*La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.*

*En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.*

É Pothier que é considerado o *pai* da responsabilidade objetiva no Direito Francês, em razão da criação do artigo 1384.º do *Code Civil*. No entanto, desde a sua origem, este preceito sofreu várias alterações, destacando-se as seguintes<sup>1788</sup>:

- a) A lei de 20 de julho de 1889, que substituiu a responsabilidade das instituições públicas pela responsabilidade do Estado;
- b) A lei de 5 de abril de 1937, que suprimiu a presunção de culpa que pesava sobre as instituições de ensino, públicas e privadas, e que revogou em parte o regime de 1889, repondo a responsabilidade das próprias instituições.

II. O artigo 1384.º CCF contém um regime de responsabilidade por fato de outrem, restrito ao domínio civil, sendo por isso inaplicável no âmbito penal<sup>1789 1790</sup>.

Esta é uma responsabilidade com carácter excecional<sup>1791 1792 1793</sup>. Com efeito, o artigo 1384.º do CCF baseia-se numa ideia de risco, que corre por conta

---

<sup>1788</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 828.

<sup>1789</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 843.

<sup>1790</sup> RENÉ SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, ob. cit., pp. 289 e seguintes.

do comitente, e não, segundo Savatier, numa presunção de culpa<sup>1794</sup>. Este Autor contesta ainda a ideia de que a falta seria do comitente, por o proposto ser uma espécie de prolongamento da sua pessoa, tese que considera um simples artifício de palavras, na medida em que a falta, a existir, teria de ser imputável ao próprio agente, não o podendo ser a outrem<sup>1795</sup>. O Autor não deixa, todavia, de afirmar que a responsabilidade acaba por ter um caráter híbrido, já que não prescinde de um fato ilícito e culposo, a praticar pelo comissário<sup>1796</sup>.

A ideia de risco parece ir ao encontro da opinião de Esmein, que considera que a escolha das pessoas contempladas no artigo 1384.º do CCF atendeu a duas circunstâncias: por um lado, a normal insolvabilidade do causador do dano e, por outro, a autoridade do agente na situação<sup>1797</sup>. Já para Marton, a solução consagrada no artigo 1384.º do CCF assenta na dificuldade de prova do lesado<sup>1798</sup>.

É, por fim, de salientar que este dispositivo é inaplicável ao “fato” de coisas, ainda que manobradas ou dirigidas pela mão do homem<sup>1799</sup>.

III. A doutrina francesa tem vindo a diferenciar três situações abrangidas pelo artigo 1384.º, designadamente<sup>1800</sup>:

---

<sup>1791</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 885.

<sup>1792</sup> Cf. também POL JOATTON, *Théorie Générale de la Responsabilité Civile*, ob. cit., p. 70, onde afirma que não deve ser exacerbada a importância do artigo 1384.º do CCF: trata-se não de uma substituição do critério antigo por um critério novo de responsabilidade, mas de uma adição de um novo princípio, ao lado do princípio tradicional de Direito Comum.

<sup>1793</sup> GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, ob. cit., p. 218, assinala que “*La résistance de la doctrine et de la jurisprudence françaises à une généralisation de la théorie du risque prouve qu’au fond nous n’avons pas perdu l’idée que la responsabilité civile n’est que l’organisation juridique technique de la responsabilité morale*”. O que justifica, segundo o Autor, a manutenção do princípio fundamental da culpa.

<sup>1794</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, Deuxième édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 360.

<sup>1795</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 361.

<sup>1796</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 362.

<sup>1797</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 886.

<sup>1798</sup> G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, ob. cit., p. 63.

<sup>1799</sup> GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, ob. cit., p. 226.

- a) Responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em que se consagra a responsabilidade delitual, com presunção de culpa, dos pais e artesãos, pelos danos causados pelos filhos e aprendizes, respetivamente<sup>1801 1802</sup>;
- b) Responsabilidade subjetiva, sem presunção de culpa, relativamente aos professores, pelos danos causados pelos seus alunos<sup>1803</sup>;
- c) Responsabilidade objetiva do empresário ou patrão (comitente), por fato dos seus comissários<sup>1804</sup>, não se possibilitando ao comitente o afastamento da sua responsabilidade<sup>1805 1806</sup>.

Esta enumeração é fechada<sup>1807</sup>, donde se retira que não se pode aplicar o artigo 1384.º CCF a outros casos para além destes<sup>1808</sup>, o que se explica pelo referido carácter excecional da imputação por fato de outrem<sup>1809</sup>.

---

<sup>1800</sup> Neste sentido, LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 239. Cf. também RENÉ DEMOGUE, *De la réparation civile des délits (Étude de Droit et de Législation)*, ob. cit., pp. 64 e seguintes e C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Tome Huitième – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Paris, A. Lahure, Imprimeur-Éditeur, s.d., pp. 485 e seguintes.

<sup>1801</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 464, sublinham que esta responsabilidade assenta num fato próprio do agente, que vigiou ou educou mal a criança, o aprendiz ou o aluno: “Il n’est donc pas, en réalité, tenu pour autrui, mais pour lui-même, en raison de sa propre imprudence ou négligence”. Razão pela qual, como salientam, a p. 466, “il faut donc avoir sur la personne de l’enfant le droit de garde découlant de l’exercice de l’autorité parentale”.

<sup>1802</sup> Assim, C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Tome Huitième – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ob. cit., p. 485.

<sup>1803</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., pp. 469 e seguintes, onde destacam a necessidade de existir um contrato de aprendizagem, em que uma pessoa se obriga a proporcionar a outra ensinamentos sobre o exercício de uma profissão, possibilitando ao aprendiz a execução duma obra, tornando-se assim responsável pelos atos ou omissões do aprendiz durante o período em que este se encontrar sob a sua vigilância.

<sup>1804</sup> A qual, segundo, HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 845, é a única que contém “une véritable substitution d’une personne à une autre quant à la responsabilité”.

<sup>1805</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 445, sublinham que se trata de responsabilidade objetiva, assente na teoria do risco. Na p. 450, acrescentam que o legislador seguiu o entendimento de Pothier, que havia defendido este sistema com vista a “rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques”.

<sup>1806</sup> Sendo esta mais severa, como assinala F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Tome vingtième, ob. cit., p. 508.

<sup>1807</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 830 e 831. Ainda estes

Da análise do artigo 1384.º CCF resulta uma clara bipolaridade nos casos descritos por este dispositivo: por um lado, os pais, os professores e os artesãos só são responsáveis caso tenham culpa, podendo afastar a imputação demonstrando que atuaram sem culpa (alíneas a) e b), supra), enquanto os comitentes não o podem fazer, já que a sua responsabilidade é objetiva (alínea c) supra).

IV. A responsabilidade dos pais pelos fatos cometidos pelos filhos decorre do poder paternal, concretamente dos deveres de educação e de guarda que lhes são impostos. Por essa razão, quando o menor não esteja sob a guarda dos pais, cessa tal imputação, o que se verifica, por exemplo, quando se encontre numa instituição escolar<sup>1810 1811</sup>.

Por seu turno, a responsabilidade das escolas aplica-se em relação aos fatos dos alunos, quando praticados durante o período de tempo em que se encontram sob a sua vigilância, desde que se trate de danos causados a outrem e não ao próprio aluno<sup>1812</sup>. A lei utiliza a expressão *instituteur*, que é interpretada pela doutrina francesa em termos amplos, abrangendo qualquer pessoa encarregada, a qualquer título, da educação e da vigilância de uma criança ou um jovem<sup>1813 1814</sup>. Contudo, importa notar que, com a alteração

---

Autores, na p. 835, demonstram que não existe presunção de culpa, nem se pode aplicar o artigo 1384.º CCF, ao caso em que um demente, vigiado por outrem, causa um dano a terceiro.

<sup>1808</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 239.

<sup>1809</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 826.

<sup>1810</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 241.

<sup>1811</sup> Assim também C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Tome Huitième – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ob. cit., p. 498, salientando que a norma pressupõe que a criança seja menor e que habite com os pais, salientando, na p. 504, que a responsabilidade cessa se a criança estiver entregue a uma escola ou outro estabelecimento.

<sup>1812</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 243.

<sup>1813</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., pp. 243 e 244, considerando que a norma se aplica quer se trate de um serviço remunerado, quer gratuito, não obstante a *Cour de Cassation* se haver pronunciado por diversas vezes em sentido contrário.

<sup>1814</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 471, destacam que este conceito requer o

ocorrida em 1937, deixou de ser presumida a culpa, sendo assim necessário que o lesado demonstre a verificação de um ato ilícito, por parte do agente<sup>1815</sup>.

Nestes dois primeiros casos, ou seja, no que concerne à responsabilidade dos pais, dos professores e dos artesãos, esta cede mediante prova em contrário, ou seja, caso estes comprovem que agiram sem culpa. Contudo, para tal não basta demonstrar que não estavam presentes à data do fato, já que essa ausência pode constituir, ela mesma, uma infração<sup>1816</sup>, significativa para efeitos de culpa.

V. O artigo 1384.º CCF consagra ainda, em terceiro lugar, a responsabilidade extracontratual dos comitentes e dos patrões, pelos atos cometidos pelos comissários e empregados, no exercício das suas funções<sup>1817</sup>.

O comitente é aquele que emprega outras pessoas, a seu risco e perigo, designadamente através de um contrato de trabalho<sup>1818</sup>. Por conseguinte, o comitente, para o ser, tem de ter o poder de dar ordens e instruções ao preposto<sup>1819</sup>. Em contrapartida, o empresário não pode ser preposto, na aceção deste artigo<sup>1820</sup>.

São comissários aqueles que se encontram numa situação jurídica de comissão, resultante de um acordo por via do qual uma pessoa atribuiu a outra

---

preenchimento de duas condições: a obrigação de ensinar uma arte ou ciência, a título oneroso ou gratuito, e o dever de vigiar os alunos.

<sup>1815</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 886.

<sup>1816</sup> Neste sentido, cf. LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 241: *c'est seulement s'il leur a été moralement et matériellement impossible d'empêcher le fait dommageable qu'ils détournent d'eux la responsabilité civile*.

<sup>1817</sup> Porém, C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Tome Huitième – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ob. cit., p. 530, considera que se trata de responsabilidade com base numa má escolha dos prepostos, ainda que, na p. 531, esclareça que a “presunção legal de responsabilidade” não admite prova em contrário.

<sup>1818</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 366.

<sup>1819</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 370.

<sup>1820</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 378.

uma tarefa<sup>1821</sup>. A responsabilidade do principal baseia-se no poder de controlo e direção que tem sobre o comissário<sup>1822</sup>.

Para além disso, é necessário que o ato do comissário configure um ato ilícito<sup>1823</sup> e que seja praticado no exercício das suas funções, não obstante desobediência às instruções dadas ou abuso de funções<sup>1824</sup>.

P.ex., quando um empregado difama uma empresa concorrente, o seu empregador é responsável<sup>1825</sup>. A responsabilidade do empregador pelos atos dos seus trabalhadores configura uma das mais importantes situações de responsabilidade por fato de outrem<sup>1826</sup>.

VII. A doutrina francófona não é unânime quanto à natureza da responsabilidade presente no artigo 1384.º CCF.

Autores como os Mazeaud consideram que, em bom rigor, não se trata de uma imputação por fato de outrem, mas antes por um *fato próprio*, pessoal<sup>1827</sup>. Assim, afirmam: “*La faute demeure donc le fondement de la responsabilité du commettant: la faute du préposé est, pour la victime, la propre faute du commettant*”<sup>1828</sup>.

Contudo, como já foi demonstrado, a primeira parte deste preceito contraste com a segunda, não podendo ser confundida a responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa, que é efetivamente uma responsabilidade

---

<sup>1821</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, pp. 246 e 247, afirmando que, neste caso, *la présomption de faute qui pèse sur eux est une présomption invincible, juris et de jure*.

<sup>1822</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 248, referindo as ideias de *surveillance, de direction, de maîtrise, d'autorité, de subordination*.

<sup>1823</sup> Neste sentido, cf. HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 449.

<sup>1824</sup> Assim, RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 411.

<sup>1825</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 413.

<sup>1826</sup> G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, ob. cit., pp. 22 e 23.

<sup>1827</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 827.

<sup>1828</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 452.

por fato próprio, com a responsabilidade objetiva do comitente, que consubstancia uma situação de responsabilidade por fato de outrem.

### A responsabilidade por fato de outrem no âmbito obrigacional

I. O Código Civil Francês não consagra, em matéria obrigacional, princípio idêntico ao artigo 1384.º CCF ou, pelo menos não o faz de modo expresse, levando a algumas dúvidas na doutrina francesa quanto à vigência deste regime no âmbito contratual<sup>1829</sup>. Esta ausência levou mesmo a jurisprudência, por vezes, a recorrer ao artigo 1384.º CCF para solucionar situações de cariz negocial<sup>1830 1831</sup>. Neste sentido, pode considerar-se que a situação acaba por ser o reverso do que se encontra no BGB alemão, na relação entre os §§ 278 e 831.

A omissão no domínio da responsabilidade obrigacional leva a que muitos autores retirem a responsabilidade do devedor por fato de outrem do disposto em matéria extracontratual, isto é, do artigo 1384.º CCF. Não obstante, esta é uma tendência minoritária, já que o ponto de partida para a maioria da doutrina francesa parece ser o de que o artigo 1384.º CCF é inaplicável em matéria obrigacional<sup>1832</sup>. Com efeito:

- a) Por um lado, o próprio *Code* contém disposições destinadas a regular a responsabilidade obrigacional por fato de outrem<sup>1833</sup>.
- b) Por outro lado, sendo o artigo 1384.º CCF uma norma excecional, referente ao domínio da responsabilidade delitual, não poderia a

---

<sup>1829</sup> ALEXANDRE SOAREC, *La responsabilité contractuelle pour autrui*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932, em especial as pp. 9 e seguintes.

<sup>1830</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 455.

<sup>1831</sup> Contra, RENÉ SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, ob. cit., p. 300.

<sup>1832</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1018 e 1019.

<sup>1833</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume - Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 443.



mesma ser estendida no âmbito contratual<sup>1834</sup>. Daí que, p.ex., entre nós, Vaz Serra tenha considerado que, no Direito francês, faltando disposição idêntica ao artigo 800.º CC, essa regra não deixaria de ser aplicada no âmbito contratual, sem que tal se notasse<sup>1835</sup>.

Em abstrato, os dois entendimentos seriam admissíveis, ou seja:

- a) Considerar que apenas existe responsabilidade obrigacional indireta nos casos expressamente previstos na lei;
- b) Ou, em contrapartida, que destes preceitos se retira um princípio geral, aplicável a todos os demais casos.

II. O primeiro Autor a desbravar a confusão instalada no âmbito do CCF devido à ausência de uma norma paralela ao artigo 1384.º CCF em sede de responsabilidade obrigacional terá sido Becqué. Este Autor pronuncia-se no sentido de que, não valendo princípio semelhante ao disposto no artigo 1384.º CCF, será somente de aplicar o regime constante da responsabilidade contratual e os princípios contratuais<sup>1836 1837</sup>. Aliás, o problema coloca-se, desde logo, a nível da culpa *in contrahendo*, uma vez que se questiona se também se pode falar em responsabilidade por fato de outrem no momento da formação do contrato<sup>1838</sup>?

Segundo Becqué, as partes podem em qualquer momento contar com a participação, quer de representantes, quer de auxiliares em sentido próprio, tais como advogados, notários, agentes, serviços de comunicações, etc. Relevante é,

---

<sup>1834</sup> Neste sentido, cf. HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 443.

<sup>1835</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, ob. cit., p. 260.

<sup>1836</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 233.

<sup>1837</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1019.

<sup>1838</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1022, pronunciam-se em termos negativos, afirmando que *En effet, presque toujours, la faute commise dans la formation du contrat par l'une des parties, ou par un tiers dont répond l'une des parties, a pour conséquence la nullité totale de ce contrat.*

segundo este Autor, que se trate de auxiliares que entrem em relação direta com a contraparte<sup>1839</sup>.

Para Becqué, é nas disposições legais relativas ao incumprimento dos contratos, e apenas nestas, que assenta a teoria da responsabilidade do devedor por fato de outrem<sup>1840</sup>. Considera que, apesar da ausência de um dispositivo semelhante ao § 278 BGB, *“la responsabilité pour le fait des auxiliaires constitue dans notre droit une conséquence directe de la théorie du cas fortuit et de la force majeure”*<sup>1841</sup>. Assim, aos olhos da lei francesa, o fato do auxiliar não constitui uma situação de caso fortuito ou de força maior, que permita ao devedor a respetiva exoneração. Donde se conclui que, para haver responsabilidade obrigacional por fato de outrem, necessário é que:

- a) Em primeiro lugar, haja um contrato válido, celebrado entre o responsável e a vítima;
- b) Em segundo lugar, o dano resulte da inexecução deste contrato<sup>1842</sup>.

Becqué sublinha que o conceito de caso fortuito ou de força maior na lei francesa diverge da impossibilidade não culposa, referida no Direito alemão. Assim, caso fortuito ou de força maior não é apenas aquele que surge sem culpa do devedor, é também todo aquele que surge sem que haja culpa do devedor e que *lhe seja exterior*<sup>1843</sup>, exterioridade esta que emana do disposto nos artigos 1245.º, 1042.º e 1933.º do CCF, em posição que se aproxima da já analisada a respeito do Direito italiano.

III. No mesmo sentido, de acordo com os Mazeaud, deve ser afirmada a existência de um princípio geral de responsabilidade contratual por fato de outrem, *“parce qu’un tiers a été chargé par la loi ou par le débiteur d’exécuter*

---

<sup>1839</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 234.

<sup>1840</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 233.

<sup>1841</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 284.

<sup>1842</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1021.

<sup>1843</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 285: *“tout fait qui arrive sans sa faute et qui lui est extérieur, il requiert deux éléments: l’absence de faute et l’extériorité”*.

*l'obligation pour le compte de celui-ci*"<sup>1844</sup>. Constitui uma importante manifestação deste princípio geral as normas que consideram o representado responsável pelos danos causados pelo representante, no exercício da tarefa que lhe compete executar. Assim: "*Principe nécessaire: l'obligation pèse sur le débiteur; lorsqu'il ne s'en acquitte pas lui-même, il doit répondre des actes de la personne qui exécute pour son compte*"<sup>1845</sup>. Donde se deve afirmar que "*le débiteur est garant de la personne chargée d'exécuter*". Todavia, segundo estes Autores, esta pessoa representa o devedor, entendimento que não subscrevemos<sup>1846</sup>, como melhor se verá no capítulo referente à fundamentação da responsabilidade por fato de outrem.

Assim também Alexandre Soarec, ao considerar que responde, contratualmente, aquele que recorra a auxiliares para cumprir as respectivas obrigações<sup>1847</sup>.

IV. De todo o modo, o certo é que, como assinala Manfred Wolf, a responsabilidade prevista no artigo 1384.º CCF não pode ser aplicada, sem mais, no domínio contratual<sup>1848</sup>. Isto apesar de o devedor responder, a nível contratual, pelos danos causados pela utilização de coisas no cumprimento da obrigação.

Ao invés, o devedor responde pelo fato dos seus auxiliares por tal ser um princípio emanado do *Code*, desde logo porque tais atos não lhe são estranhos, sendo antes internos ao próprio devedor.

Acresce que, apesar de alguma resistência inicial, a jurisprudência francesa admite que as partes possam excluir esta responsabilidade, por via convencional, em relação a faltas leves, ou seja, aquelas em que o devedor pode excluir também a responsabilidade por fato próprio<sup>1849</sup>.

---

<sup>1844</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 453.

<sup>1845</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 453.

<sup>1846</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 453.

<sup>1847</sup> Cf. também ALEXANDRE SOAREC, *La responsabilité contractuelle pour autrui*, ob. cit., p. 105.

<sup>1848</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>1849</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 548.

V. Destarte, a opção entre um sistema em que a responsabilidade obrigacional por fato de outrem surge como princípio regra ou como exceção tem sido conectada pela doutrina à noção de caso fortuito adotada no *Code Civil*, uma vez que se exige que se trate de uma causa *externa* em relação ao devedor.

Com efeito, de acordo com o artigo 1147.º CCF: “*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*”.

Segundo Carbonnier, é usual apelar aos requisitos da responsabilidade delitual previstos no artigo 1382.º CCF, por forma a concretizar a responsabilidade contratual, exigindo-se assim a verificação de um dano, um fato ilícito e um nexo de causalidade<sup>1850</sup>. Contudo, saliente-se que o artigo 1147.º CCF refere, não o fato ilícito, mas tão somente a inexecução da obrigação<sup>1851</sup>.

Por outro lado, estabelece o artigo 1148.º CCF: “*Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*”.

Assim, em termos de responsabilidade obrigacional:

- a) A lei presume a culpa do devedor em caso de inexecução;
- b) O devedor pode elidir a presunção de culpa que sobre si impende, caso demonstre que a inexecução da obrigação resultou de uma causa externa, que não lhe é imputável, que pode até ser um fato do próprio credor, ou de terceiro, contanto que não se trate de um *préposé* do devedor<sup>1852</sup>;

---

<sup>1850</sup> JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, ob. cit., p. 2187.

<sup>1851</sup> O que conduz JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, ob. cit., p. 2190, a afirmar que “*La faute contractuelle n'est pas, pour autant, entièrement symétrique de la faute délictuelle*”.

<sup>1852</sup> JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, ob. cit., p. 2191.

- c) Ao invés, se o não cumprimento emanou de um auxiliar, considera-se que há um *fato próprio* do devedor, isto é, produzido na sua esfera de atividade interna<sup>1853</sup>;
- d) Pelo que o devedor responde sempre, pela inexecução da sua obrigação, independentemente da relação que tenha com o terceiro que incumbiu de a realizar<sup>1854</sup>;
- e) Trata-se de um caso de responsabilidade *sans faute*, porquanto o devedor responde, ainda que ele mesmo não haja cometido qualquer falta na escolha ou vigilância dos seus prepostos<sup>1855</sup>.

Por conseguinte, o legislador francês não considera que a não realização da prestação por um ato do auxiliar do devedor seja um caso fortuito, pelo que, em consequência disso, continua este a responder pelo incumprimento.

Com base neste regime, Becqué afirma que, enquanto no BGB alemão o § 278 surge como uma exceção ao § 275, no Direito francês não estamos diante de uma exceção, mas sim da *emanação de um princípio geral: a responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares configura uma consequência direta da teoria do caso fortuito e de força maior*<sup>1856</sup>. Com efeito, enquanto no Direito alemão bastará, para que de caso fortuito se possa falar, que o evento não resulte de uma falta do próprio devedor, no caso francês será também preciso que se trate de um *evento exterior ao próprio devedor*, o que não se verifica quando a impossibilidade decorra de um ato de um seu auxiliar<sup>1857</sup>. Assim, “*Pour que le fait d’un tiers constitue un cas fortuit, il faut donc que ce tiers soit «étranger» au débiteur*”, enquanto que, tratando-se de auxiliar, este “*travaille pour lui, dans la sphère de son activité économique, il est en quelque sorte «le développement, la prolongation, l’irradiation de son individualité»*”<sup>1858</sup>.

---

<sup>1853</sup> Assim, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 484.

<sup>1854</sup> RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 359.

<sup>1855</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 526.

<sup>1856</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 284.

<sup>1857</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., pp. 285 e 286, referindo os dois critérios, nomeadamente, “*l’absence de faute et l’exteriorité*”.

<sup>1858</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 286.

VI. Ainda que se adote este entendimento, baseado na noção de caso fortuito, o problema não ficará na sua totalidade resolvido: isto porque a doutrina francesa tem considerado que o mesmo *apenas se aplica às obrigações de resultado*, pelo que faltaria saber que regime aplicar às obrigações de meios, pelo menos para os apoiantes desta distinção<sup>1859</sup>.

VII. A nível contratual, importa também atender ao disposto no artigo 1245.º CCF, onde se determina que *“Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.”*.

Este é, para os Mazeaud, o preceito com carácter geral de onde se pode retirar a responsabilidade obrigacional por fato de outrem no Direito francês, ainda que sendo restrito às obrigações de entrega de uma coisa certa<sup>1860</sup>. Com efeito, segundo este dispositivo, tratando-se de obrigação de entrega de uma coisa certa, o devedor cumpre desde que efetue a entrega da coisa no estado em que se encontrava, a menos que as deteriorações tenham sobrevivido por fato que não lhe seja imputável ou dos seus propostos, ou seja, das pessoas pelas quais responde. Daqui resulta, indiscutivelmente, que o devedor *“est alors contractuellement responsable pour autrui”*<sup>1861</sup>.

Por conseguinte, o devedor é liberado desde que a deterioração da coisa que deve entregar não se deva nem à sua própria culpa, nem à culpa das *pessoas pelas quais responde*.

Relativamente a esta disposição, alguns autores consideram que a mesma contém uma remissão implícita para o artigo 1382.º CCF, nos termos do qual

---

<sup>1859</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 486.

<sup>1860</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1027 e 1030.

<sup>1861</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1029.

*“Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”*. Contra, Becqué rejeita que estejamos diante de responsabilidade quase delitual por fato de outrem<sup>1862</sup>.

Como salientam os Mazeaud, apesar da ausência de uma disposição genérica, semelhante ao artigo 1384.º CCF, que consagre a responsabilidade obrigacional do devedor por fato de outrem, esta responsabilidade existe, inelutavelmente, correspondendo a uma *necessidade prática absoluta*<sup>1863</sup>. Aliás, tal solução consta das várias normas que, ao longo do CCF, responsabilizam certos devedores por atos e omissões dos seus auxiliares, as quais, na sua perspetiva, não são uma exceção mas antes um afloramento do princípio.

Do mesmo modo, o devedor responde pela atuação do substituto, não obstante a ausência de norma expressa, já que, é a ao próprio devedor que compete a execução da obrigação que não foi executada corretamente pelo substituto, o qual agiu, assim, por conta e sob a responsabilidade do devedor<sup>1864</sup>. Neste ponto, os Autores parecem recorrer à responsabilidade do mandatário, ou seja, à ideia de que o substituto atua como mandatário do devedor.

VIII. No Direito francês, independentemente da justificação que seja dada, o devedor responde sempre pelos atos dos seus auxiliares, independentemente de estes se encontrarem vinculados ao devedor de forma permanente ou meramente esporádica ou ainda de se tratar de serviço gratuito ou oneroso. Será suficiente que se verifique um relação obrigacional, que esta

---

<sup>1862</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 232: *“La question qui se pose est tout autre: il s'agit de décider si le débiteur qui est empêché, par le fait d'un tiers, d'exécuter son obligation dans le termes du contrat, peut invoquer ce fait vis-à-vis de son créancier comme constituant une cause de libération, ou si au contraire il est responsable du dommage que l'inexécution ou l'exécution défectueuse cause au créancier.”*. Na p. 233, prosseguindo esta ideia, afirma: *“... le principe de la responsabilité quasi-délictuelle pour autrui est un principe absolument spécial et qui ne saurait être transporté dans le domaine des obligations.”*.

<sup>1863</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1030.

<sup>1864</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1030.

seja pré-existente ao fato e que seja mal executada ou não seja executada de todo devido a um fato de um agente do devedor<sup>1865</sup>.

Para Becqué, a responsabilidade do devedor por fato de outrem existe independentemente do objeto da obrigação e da sua fonte ou natureza: *“il suffit qu’il existe un rapport obligatoire entre un débiteur et un créancier, et que cette obligation préexistante soit inexécutée ou mal exécutée par le fait des agents du débiteur”*<sup>1866</sup>.

IX. Para além disso, o devedor responde quer pelos atos dos auxiliares, quer dos substitutos<sup>1867</sup>.

Contudo, não parece de aceitar a posição dos Mazeaud, para quem, tratando-se de prestação infungível, que deva ser executada pessoalmente pelo devedor, *“il n’est pas possible de parler de responsabilité contractuelle pour autrui”*<sup>1868</sup>. Com efeito, nesse caso, parece ser necessário distinguir:

- a) O recurso a um substituto implicará infração obrigacional, caso em que a responsabilidade do devedor será subjetiva;
- b) O mesmo não se pode dizer no caso dos auxiliares, que é permitido mesmo em caso de prestação infungível, por cuja atuação o devedor tem ainda de responder.

Efetivamente:

- a) Enquanto no primeiro caso, p.ex. na situação em que o devedor se obriga, por contrato, a realizar ele mesmo determinada prestação, este entra em incumprimento pelo fato de atribuir a terceiro essa incumbência<sup>1869</sup>. Situação que se encontra expressamente consagrada para o mandatário, no artigo 1994.º do CCF<sup>1870 1871</sup>;

---

<sup>1865</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 290.

<sup>1866</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 290.

<sup>1867</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 291.

<sup>1868</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1020.

<sup>1869</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 511.

<sup>1870</sup> Sobre este regime, veja-se M. TROPLONG, *Le Droit Civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code, depuis y compris le titre de la vente. Du Mandat. Commentaire du Titre XIII do Livre III du Code Civil*, Tome Seizième, Paris, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1846, pp. 423 e seguintes.



- b) No segundo caso, é lícito ao contratante o recurso a terceiros, tornando-se o devedor responsável pelos danos que estes venham a causar ao credor; assim, a liberdade de recurso a terceiros não o libera da sua obrigação<sup>1872 1873</sup>.

Portanto, em princípio, o mandatário deve executar, ele mesmo, a prestação<sup>1874</sup>. Caso se faça substituir por terceiro, não estando para tal devidamente autorizado, responde pelos prejuízos que daí advenham<sup>1875</sup>.

Segundo Esmein, para chegar a esta solução não é necessário invocar, como muitas vezes acontece, a alínea 5 do artigo 1384.º do CCF, até porque este preceito se refere à responsabilidade delitual. Não obstante, o fundamento será o mesmo, quer no domínio delitual, quer no contratual, ou seja, aquele que beneficia do trabalho de outrem não deverá ficar em melhor situação do que aquele que trabalha sozinho<sup>1876</sup>.

Ora, se em regra o devedor se pode fazer substituir por terceiro, o certo é que este não é um princípio absoluto, havendo exceções desde logo no âmbito do mandato (artigo 1994.º, 2.º parágrafo, do CCF): aqui, o mandatário responde sempre pelos atos dos seus auxiliares, mas não necessariamente pelos atos dos substitutos, em relação aos quais apenas responde se tiver escolhido uma pessoa incapaz ou insolvente, isto é, em caso de culpa *in eligendo*<sup>1877</sup>. Neste caso, a diferença entre substituto e auxiliar adquire, assim, relevância concreta.

---

<sup>1871</sup> JEAN NÉRET, *Le sous-contrat*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 12.

<sup>1872</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., pp. 511 e 512.

<sup>1873</sup> Assim também RENÉ SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, ob. cit., p. 359.

<sup>1874</sup> M. TROPLONG, *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis y compris le titre de la vente. Du Mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Civil*, Tome Seizième, ob. cit., p. 426, ainda que questionando, na página seguinte, a razão de ser deste regime, quando a atuação do substituto tenha o resultado pretendido pelo mandante.

<sup>1875</sup> M. TROPLONG, *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis y compris le titre de la vente. Du Mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Civil*, Tome Seizième, ob. cit., p. 429.

<sup>1876</sup> PAUL ESMEIN, em , *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, ob. cit., p. 512, ainda que o Autor refira a necessidade de haver poder de autoridade sobre o auxiliar.

<sup>1877</sup> Acerca dos critérios para aferir se o mandatário realizou uma *boa* escolha, cf. M. TROPLONG, *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis y compris le titre de la*

X. O devedor responde apenas pelos atos praticados pelos seus auxiliares *no cumprimento* da obrigação, e não também por aqueles que sejam ocasionados por esse cumprimento<sup>1878</sup>, tratando-se de responsabilidade puramente objetiva<sup>1879</sup>.

Pelos danos ocasionados pelo cumprimento, o devedor somente poderá ser, eventualmente, responsabilizado, a título delitual, nos termos do artigo 1384.º CCF.

Contudo, à semelhança do que já se disse no Direito alemão, há que delimitar o âmbito da obrigação que impende sobre o devedor. P.ex., se o devedor se obrigou a prevenir um furto, caso típico das empresas de segurança, responde em termos obrigacionais pelo furto que venha a ser cometido por um dos seus funcionários.

Este tem sido também o entendimento da jurisprudência francesa, destacando-se, a título de exemplo, a sentença de 22 de maio de 1995, em que a *Cour de Cassation* (2ème chambre civile) considerou responsável a empresa de limpeza pelos furtos cometidos por uma das suas empregadas, concluindo que a mesma estava a agir no âmbito das suas funções, ou seja, limpar.

XI. Outras disposições relevantes acerca da responsabilidade contratual por fato de outrem no Direito Francês são as seguintes.

a) O artigo 1953.º CCF, sobre o contrato de albergue, nos termos do qual:

*Ils sont responsables du vol ou du dommage de ces effets, soit que le vol ait été commis ou que le dommage ait été causé par leurs préposés, ou par des tiers allant et venant dans l'hôtel.*

---

*vente. Du Mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Civil*, Tome Seizième, ob. cit., p. 434.

<sup>1878</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 306, onde compara a situação com o disposto no § 278 BGB, que adota uma expressão mais ampla, bem como com o artigo 101.º do Código Federal das Obrigações Suíço revisto.

<sup>1879</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 288.

*Cette responsabilité est illimitée, nonobstant toute clause contraire, au cas de vol ou de détérioration des objets de toute nature déposés entre leurs mains ou qu'ils ont refusé de recevoir sans motif légitime.*

*Dans tous les autres cas, les dommages-intérêts dus au voyageur sont, à l'exclusion de toute limitation conventionnelle inférieure, limités à l'équivalent de 100 fois le prix de location du logement par journée, sauf lorsque le voyageur démontre que le préjudice qu'il a subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des personnes dont ce dernier doit répondre.*

Neste caso, como bem sublinham os Mazeaud, não se pode falar, em bom rigor, de responsabilidade por fato de outrem. A norma significa apenas que, para o devedor, o furto cometido por terceiro estranho à sua organização não constitui caso fortuito, ou seja, não o libera da sua obrigação<sup>1880</sup>. Só haverá, assim, tal responsabilidade, quando o furto seja cometido por um substituto ou auxiliar.

b) Por sua vez, segundo o artigo 1782.º CCF, sobre o transporte:

*Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre "Du dépôt et du séquestre".*

Estes são casos típicos em que o devedor – depositário / transportador – tem um dever de custódia em relação a uma coisa pertencente a outrem. Segundo Becqué, estamos diante de uma presunção de culpa, ou seja, ocorrendo um dano, a lei presume que tal se deu por culpa do devedor<sup>1881</sup>.

c) De referir é ainda o disposto no artigo 1797.º CCF:

*L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.*

---

<sup>1880</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1025.

<sup>1881</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 262.

d) E, bem assim, o artigo 1735.º CCF:

*Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires.*

Desta disposição resulta que, em certos casos, a lei impõe a um devedor a garantia em relação à atuação de um terceiro, conclusão esta que decorre da menção ao fato das “*personnes de sa maison*”. Segundo os Mazeaud, esta expressão deve ser entendida em termos amplos, abrangendo toda e qualquer pessoa introduzida pelo devedor no locado e que participe no seu uso<sup>1882</sup>.

Por sua vez, a referência expressa a “*fait des personnes*” e não a fato indicia, segundo Becqué, que o devedor responde independentemente da verificação de um fato ilícito e culposo por parte destes<sup>1883</sup>. Em sentido diverso, porém, os Mazeaud consideram que não tem de haver culpa por parte do locatário, já que há certos danos que se produzem sem que este tenha hipótese de previsão ou de prevenção<sup>1884</sup>.

De acordo com Becqué, o regime segundo o qual o locatário responde pela atuação das pessoas da sua casa e sublocatários não constitui uma exceção, mas antes mera aplicação do Direito comum<sup>1885</sup>. Com efeito, no regime do contrato de locação, o artigo 1731.º CCF determina que “*S’il n’a pas été fait d’état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire*”.

XII. Coloca-se a questão de saber se, no contrato de arrendamento, o senhorio responde, perante o arrendatário, pela atuação de outros arrendatários.

O artigo 1725.º do CCF estabelece que:

---

<sup>1882</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1023.

<sup>1883</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 303.

<sup>1884</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1023.

<sup>1885</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autri en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 291.

*Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel.*

Resulta deste preceito que o locador não responde pelos atos de terceiros que perturbem o gozo da coisa ao locatário. Para Guillouard, a razão de ser é a de que o *ataque* dos terceiros é direcionado contra o locatário e não contra a coisa propriamente dita, daí que apenas aquele os possa fazer responder<sup>1886</sup>. Assim, são ataques dirigidos ao gozo da coisa, e não à coisa propriamente dita.

Contudo, a questão reside em aferir se se pode considerar terceiro, para efeito do disposto no artigo 1725.º do CCF, o co-locatário que, através de abuso no próprio gozo, prejudica o gozo do outro co-locatário<sup>1887</sup>.

Na opinião de Guillouard, o co-locatário nunca poderá ser considerado terceiro na aceção deste preceito<sup>1888</sup>. O que será importante é determinar qual dos co-locatários excedeu o respetivo direito, infringindo o contrato de locação celebrado, após o que apenas o locador o poderá acionar, com base no incumprimento desse mesmo contrato. Todavia, o locador responderá ainda pelos danos que um co-locatário cause aos demais, já que foi o próprio locador quem o introduziu no bem locado, possibilitando que esse dano fosse causado<sup>1889</sup>.

No mesmo sentido, de acordo com alguma jurisprudência francesa, o senhorio deve responder, perante o arrendatário, pelo fato de outros arrendatários, entendimento que colhe o apoio de Mazeaud, para quem *“le bailleur peut parfois se voir reprocher, en période «normale» du moins, d'avoir introduit ou maintenu dans les lieux un locataire égoïste et négligente: une politique de*

---

<sup>1886</sup> L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil, Tome Premier* (Articles 1708 à 1751, et Loi du 5 Janvier 1883), Troisième Édition, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1891, p. 173.

<sup>1887</sup> Sobre o assunto, cf. L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil, Tome Premier* (Articles 1708 à 1751, et Loi du 5 Janvier 1883), ob. cit., p. 177.

<sup>1888</sup> L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil, Tome Premier* (Articles 1708 à 1751, et Loi du 5 Janvier 1883), ob. cit., p. 177.

<sup>1889</sup> L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil, Tome Premier* (Articles 1708 à 1751, et Loi du 5 Janvier 1883), ob. cit., pp. 177 e 178.

*prévention des fautes conduit donc à le rendre garant de ses locataires les uns à l'égard des autres*"<sup>1890</sup>.

Como estes Autores sublinham, as disposições citadas têm um âmbito de aplicação restrito<sup>1891</sup>. Diverso será já o caso do artigo 1994.º CCF, que veremos de seguida.

XIII. Assume ainda especial relevância o caso dos porteiros, enquanto auxiliares do senhorio, nos contratos de arrendamento em que este assume a obrigação de providenciar pela segurança do imóvel, principalmente quando ocorram danos ou furtos causados por terceiros<sup>1892</sup>. Trata-se da assunção de uma obrigação secundária por parte do senhorio, donde, a existir, estaremos diante de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, de um proposto, ao qual o devedor incumbe do dever de vigiar o locado (cf. artigo 1735.º CCF).

Para aqueles que admitem esta classificação, será uma obrigação *de meios*, porquanto o senhorio não se obriga a evitar todo e qualquer furto, apenas se compromete a usar dos meios necessários e razoáveis para evitar que este tenha lugar.

Segundo a *Cassation*, o lesado terá de demonstrar a existência de um fato ilícito, ou do senhorio, ou do porteiro, e, bem assim, de um nexo de causalidade entre tal fato e o dano ocorrido<sup>1893</sup>.

Apoiando esta tese, também Guillouard se pronuncia, afirmando que o porteiro não é considerado terceiro, na aceção do artigo 1725.º CCF, porquanto se trata, em bom rigor, de um mandatário do senhorio<sup>1894</sup>, pelo qual este deve responder.

---

<sup>1890</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1024 e 1025, acrescentando ainda a ideia de que *il appartient au bailleur de faire régner le bon ordre dans son immeuble*.

<sup>1891</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1029.

<sup>1892</sup> Sobre o tema, cf. HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1036 e seguintes.

<sup>1893</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1038 e 1039.

<sup>1894</sup> L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil*, Tome Premier (Articles 1708 à 1751, et Loi du 5 Janvier 1883), ob. cit., p. 178.

XIV. Uma exceção parece estar contemplada a respeito do mandato, no artigo 1994.º/2.º CCF, já referido anteriormente, uma vez que aqui o devedor mandatário apenas responde a título subjetivo<sup>1895</sup>. De acordo com esta disposição:

*Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion :*

*1º quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;*

*2º quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.*

*Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.*

Destarte, o mandatário apenas é chamado a responder, a título obrigacional e subjetivo, e somente quando se verifique:

- a) Inadmissibilidade da substituição;
- b) Culpa *in eligendo*.

XV. O transportador responde pelas perdas, avarias e atrasos decorrentes de atos dos seus prepostos e agentes, de acordo com o disposto nos artigos 1782.º a 1784.º CCF:

*Artigo 1782.º CCF*

*Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre "Du dépôt et du séquestre".*

*Artigo 1783.º CCF*

*Ils répondent non seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture.*

*Artigo 1784.º CCF*

*Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure.*

---

<sup>1895</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 292.

Decorre destes preceitos o seguinte:

- a) O transportador responde, nos mesmos termos que o albergueiro, pela custódia das coisas que lhe são confiadas, nos termos do depósito;
- b) A responsabilidade abrange quer as coisas que são recebidas no meio de transporte, quer em momento anterior, para serem colocadas neste mesmo meio de transporte;
- c) Pode ser afastada esta responsabilidade apenas em caso fortuito ou de força maior.

### Código Comercial Francês

I. O regime de Direito civil não é aplicável sempre que haja um regime especial, situação que se verifica, desde logo, no âmbito do Direito comercial e, concretamente, do Direito dos transportes.

II. O transportador responde pelas perdas, avarias e atrasos decorrentes de atos dos seus agentes, de acordo com o disposto no Código Comercial Francês<sup>1896</sup>.

Atualmente, este Código estabelece as seguintes regras, aplicáveis aos comissionários de transporte:

#### *Article L132-4*

*Il est garant de l'arrivée des marchandises et effets dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la force majeure légalement constatée.*

#### *Article L132-5*

*Il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure.*

#### *Article L132-6*

---

<sup>1896</sup> Que sofreu uma alteração em 3 de agosto de 2014, entrada em vigor em 7 de agosto de 2014.



*Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises.*

Estes prestadores de serviços são, assim, responsáveis pela entrega das mercadorias, apenas podendo liberar-se de tal responsabilidade em caso de força maior.

Em especial, releva o disposto no artigo L132-6, nos termos do qual respondem pela atuação dos intermediários, aos quais entreguem as mercadorias.

III. Por seu turno, em matéria de transporte, e, sem prejuízo do disposto no *Code des transports*, o Código Comercial francês contém as seguintes regras:

*Des transporteurs.*

*Article L133-1*

*Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure.*

*Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.*

*Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle.*

*Article L133-2*

*Si, par l'effet de la force majeure, le transport n'est pas effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à indemnité contre le voiturier pour cause de retard.*

*Article L133-5*

*Sans préjudice des dispositions prévues par le code des transports, les dispositions contenues dans le présent chapitre sont applicables aux transporteurs routiers, fluviaux et aériens.*

Por conseguinte, o transportador responde pela entrega das mercadorias, salvo em caso de força maior.

Com efeito, na perspectiva do *Code de Commerce*, aquele que se encarrega de realizar um transporte, por terra ou água, deve responder pelo fato dos comissionários intermediários aos quais entregue as referidas mercadorias.

Como salientam os Mazeaud, este regime tinha inicialmente como objetivo o incentivo ao transportador na escolha diligente e cuidada dos sucessivos transportadores<sup>1897</sup>. Além do mais, a responsabilidade do transportador é coincidente com a própria vontade das partes, que assumem que assim é no momento das negociações.

---

<sup>1897</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1028.

## DIREITO ESPANHOL

### Generalidades

I. Tal como no Direito Português, o CCE contém um sistema de responsabilidade civil assente na culpa do agente, quer no âmbito contratual – artigo 1101.<sup>o1898</sup> – quer a nível delitual – artigo 1902.<sup>o1899</sup> 1900.

Similarmente, tanto em termos contratuais, como delituais, é reconhecida a responsabilidade por fato de outrem. Contudo, enquanto o artigo 1903.<sup>o</sup> CCE contém um regime geral de responsabilidade extracontratual por fato de outrem, não se encontra uma norma idêntica referente à responsabilidade obrigacional, havendo antes disposições dispersas, a propósito de alguns contratos em especial.

Porém, o Direito espanhol caracteriza-se por, contrariamente ao modelo francês de responsabilidade por fato de outrem, ser admitida a possibilidade de elisão da presunção de culpa em relação a todos os casos de responsabilidade delitual indireta<sup>1901</sup>. Solução esta que foi desde logo a sustentada no Projeto de Código Civil de 1851.

II. O CCE contempla normas dispersas sobre a responsabilidade obrigacional por fato de outrem, destacando-se em primeiro lugar o artigo 1596.<sup>o</sup>:

*El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.*

---

<sup>1898</sup> Artigo 1101.<sup>o</sup> CCE: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

<sup>1899</sup> Artigo 1902.<sup>o</sup> CCE: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

<sup>1900</sup> Sobre estes conceitos no Uruguai, cf. JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, Barreiro Y Ramos, S.A., 1954, pp. 53 e seguintes. Acerca da responsabilidade por fato alheio, pp. 499 e seguintes, se bem que reconhecendo que se trata antes de responsabilidade por fato próprio, *encoberta* por uma responsabilidade por fato alheio.

<sup>1901</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 464.

III. A nível delitual, a norma essencial consta do artigo 1903.º, onde se prevê a responsabilidade delitual, por fato de outrem, concretamente atos das pessoas pelas quais o comitente deva responder. Nos termos do preceito, o mesmo aplica-se:

- a) Aos pais, que respondem pelos danos causados pelos filhos que se encontram sob a sua guarda;
- b) Aos tutores, que respondem pelos danos causados pelos menores ou incapazes que se encontram debaixo da sua autoridade e habitem em sua companhia;
- c) Aos proprietários ou diretores de um estabelecimento ou empresa, pelos danos causados pelos dependentes ao seu serviço, no exercício das respectivas funções.

O entendimento da maioria da doutrina espanhola é o de que, neste preceito, a imputação constante do artigo 1903.º CCE é sempre efetuada a título subjetivo, ou seja, o comitente é responsabilizado por uma culpa própria, *in eligendo*, *in vigilando* ou *in instruendo*, ainda que o entendimento acerca da diligência exigida ao principal seja especialmente intenso, fazendo com que seja pouco provável o agastamento da presunção<sup>1902</sup>. Veremos em pormenor este aspeto no ponto seguinte.

## Responsabilidade delitual

I. A nível de responsabilidade extracontratual por fato alheio, o artigo 1903.º CCE estabelece:

*La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

---

<sup>1902</sup> Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 466 e seguintes, onde afirma: “Con tal expediente oblicuo o indirecto se produce, como señalan los autores, una fática o encubierta objectivación de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual indirecta, que se convierte, así, en «cuasiobjetivo» o, mejor, «criptoobjetivo»”.

*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.*

*Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.*

*Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.*

*Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.*

*La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.*

II. Este artigo contém uma *responsabilização por fato próprio*, não obstante a exigência de um fato praticado por outrem, uma vez que aqui se recorre à técnica de presunção de culpa, sendo aplicável nas seguintes situações:

- a) Aos pais, em relação aos danos causados pelos filhos que se encontrem sob a sua guarda;
- b) Aos tutores, pelos danos causados pelos menores ou incapazes sob a sua autoridade e que com eles habitem;
- c) Aos proprietários ou diretores de um estabelecimento ou empresa, pelos danos causados pelos seus dependentes, no exercício das atividades em que se encontrarem empregados, ou por ocasião das suas funções;
- d) Às pessoas ou entidades titulares de um centro docente de ensino não superior, pelos danos causados pelos seus alunos menores, durante o período em que estes estiverem sob o controlo ou vigilância dos

professores do centro, desenvolvendo atividades escolares, extraescolares e complementares<sup>1903</sup>.

Além disso, é aplicável em caso de cedência de trabalhadores, considerando o STE que há que aferir, em face do artigo 1903.º CCE, qual das empresas, cedente ou cessionária, tem o controlo sobre o trabalhador<sup>1904</sup>.

O elenco constante do artigo 1903.º CCE é taxativo, não obstante poder ser objeto de interpretação extensiva, de modo a abarcar os adotantes e o tutor legal, por exemplo<sup>1905</sup>.

III. A doutrina espanhola reconhece que este preceito, em bom rigor, não é referente a responsabilidade extracontratual por fato alheio, mas sim por *fato próprio*, i.e. por culpa ou negligência do agente, ainda que com inversão do ónus da prova, conforme resulta do último parágrafo<sup>1906</sup>. Com efeito, abstraindo da responsabilidade que poderia advir do simples fato da condição detida por cada um destes agentes, o normativo determina que a mesma não se aplica quando as pessoas em causa demonstrem que usaram da diligência que era exigível a um bom pai de família para impedir a verificação do dano.

Assim, não é requisito da imputação que haja dolo ou culpa por parte do filho, pupilo, dependente ou aluno, nem que este seja responsável pelo dano causado, mas apenas que a conduta “*imediatamente danosa*” haja sido objetivamente intencional ou negligente<sup>1907</sup>. Assinala-se, contudo, que a responsabilidade dos pais cessa com a emancipação dos filhos, nos termos do

---

<sup>1903</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, em *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 5957, sublinha que o preceito não é aplicável aos danos causados por alunos menores emancipados, devendo, em contrapartida, ser aplicável por analogia aos alunos maiores incapazes. Sobre esta matéria, é ainda de referir o segundo parágrafo do artigo 1904.º CCE, nos termos do qual “*Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño.*”.

<sup>1904</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 76.

<sup>1905</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5956, considerando que a extensão não poderá abranger o tutor de fato, que não haja assumido qualquer dever de vigilância, bem como o curador ou o defensor judicial previsto no artigo 299.º CCE.

<sup>1906</sup> Neste sentido, F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5955.

<sup>1907</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5955.

artigo 314.º CCE, bem como com a perda do poder paternal – artigos 111.º, 156.º, 169.º e 170.º CCE.

IV. Para o nosso estudo, assume especial relevância a norma contida no quarto parágrafo do artigo 1903.º CCE, nos termos da qual os proprietários ou diretores de um estabelecimento ou empresa são responsáveis pelos prejuízos causados pelos dependentes que se encontram ao seu serviço, nas atividades de que tiverem sido incumbidos, contanto que se trate de danos causados no exercício de tais funções, ou por ocasião das mesmas.

São requisitos de aplicação deste artigo os seguintes<sup>1908</sup>:

- a) Existência de uma relação de dependência entre o titular do estabelecimento ou empresa e o causante imediato do dano;
- b) Dano causado pelo dependente no exercício ou por ocasião do exercício da sua função (*en el servicio del ramo en que estuviesse empleado o con ocasión de sus funciones*)

V. No que respeita ao primeiro requisito, ou seja, à *relação de dependência*, esta existirá sempre que uma pessoa se encontre integrada na esfera de controlo ou de organização de outra, ou submetida ao seu poder de direção, não relevando a natureza gratuita ou onerosa da relação, nem a sua duração ou o exercício de uma atividade de fato ou jurídica<sup>1909</sup>. Por isso, tal relação de dependência é ausente das situações em que uma atividade é encomendada a um empresário, que desenvolve a sua atividade de forma autónoma e discricionária<sup>1910</sup>.

Todavia, a jurisprudência tem vindo a *considerar o regime aplicável a certos comissários independentes*, quando exista uma conexão necessária entre a sua atuação e a tarefa de que foram incumbidos pelo comitente. Aqui, o

---

<sup>1908</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., pp. 5956 e 5957.

<sup>1909</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5957.

<sup>1910</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5957.

fundamento da responsabilidade não estará na situação de dependência, mas somente na circunstância de o comissário atuar no interesse do comitente<sup>1911</sup>.

Assim, na sentença de 01.10.2008<sup>1912</sup>, o STE considerou existir uma relação de dependência no caso de um empreiteiro subcontratado, já que fora demonstrado que o agente causador direto do dano havia recebido ordens e estava sob a supervisão da empresa contratada, a qual exercia efetivamente um poder de controlo e direção.

Como se disse também na sentença do STE de 23.06.2010<sup>1913</sup>, o artigo 1903.º CCE, parágrafo 4, exige como pré-requisito indispensável uma relação hierárquica ou de dependência, a qual é ausente em caso de contratos entre empresas. Trata-se, segundo o Tribunal, de uma situação de *responsabilidade direta do empregador*, pelo que requer uma relação ou dependência hierárquica entre causador do dano e o agente, para além da culpa ou negligência do dependente. No entanto, de acordo com a jurisprudência, tem sido admitida uma exceção à exigência de uma relação hierárquica, com base no último parágrafo do artigo 1.903.º CCE, ou seja, admitindo que o agente se possa eximir da sua responsabilidade desde que demonstre que adotou a diligência exigível a um bom pai de família para evitar o dano.

VI. Têm sido admitidas duas hipóteses de responsabilização do principal em caso de comissário independente<sup>1914</sup>:

- a) Por culpa própria, por incumprimento do dever de vigilância previsto no artigo 1902.º CCE

---

<sup>1911</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 84.

<sup>1912</sup> Disponível em:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&refere nce=3192362&links=1903&optimize=20081023&publicinterface=true>.

<sup>1913</sup> Disponível em:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&refere nce=5697692&links=1903&optimize=20100812&publicinterface=true>.

<sup>1914</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., pp. 86 e seguintes.



No caso decidido pelo STE em 08.05.1999<sup>1915</sup>, considerou-se que o erro cometido por um trabalhador, que pulsou um botão incorreto, tendo com isso causado lesões noutro trabalhador, foi devido a culpa *in vigilando* da empresa.

Do mesmo modo, na sentença do STE de 23.06.2010<sup>1916</sup>, fundamentou-se a imputação com base na culpa *in vigilando* da empresa de construção, que subcontratara uma outra empresa para a demolição de uma obra, pela omissão de deveres de proteção dos trabalhadores contra perigos no local de trabalho.

- b) Em caso de *dever não delegável*: ou seja, sempre que o comissário independente seja incumbido pelo principal da execução de uma atividade em que deva ser este a correr o respetivo risco, devido a se tratar de atividade anormalmente perigosa, que tem riscos específicos, ou situação similar.

Observa-se no entanto que em ambos os casos não se trata, em bom rigor, de responsabilidade por fato de outrem, mas sim de responsabilidade por fato próprio, a título subjetivo. Com efeito, na primeira situação o agente não cumpre o dever de vigiar a atuação do preposto, enquanto na segunda atribui a um terceiro uma incumbência que apenas pelo próprio poderia ser desempenhada.

VII. Já quanto ao segundo requisito, será suficiente que entre o dano e o exercício da função “*exista una relación de «ocasionalidad necesaria», en el sentido de que este sólo haya sido posible o haya resultado significativamente facilitado por la asignación de aquellas tareas o servicios*”, independentemente de o agente ter extravasado os seus poderes ou mesmo causado dolosamente o dano<sup>1917</sup>. Com efeito, a ideia base é a de que, se o comissário está a atuar fora do âmbito das

---

<sup>1915</sup> Disponível em:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2943881&links=&optimize=20031203&publicinterface=true>.

<sup>1916</sup> Disponível em:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5697692&links=1903&optimize=20100812&publicinterface=true>.

<sup>1917</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5957.

suas funções, o principal não tem possibilidade de o controlar<sup>1918</sup>. Ainda assim, a tendência é no sentido de flexibilizar este requisito.

Em contrapartida à ampla formulação legal, a doutrina exige a verificação de uma *conexão substancial* (*innerer oder sachlicher Zusammenhang*) entre a conduta do comissário e a tarefa de que foi incumbido, não podendo tratar-se de mera coincidência espacial e temporal (*ausserer Zusammenhang*)<sup>1919</sup>.

Assim, de acordo com Feliu, é necessário que:

- a) A atuação tenha alguma conexão com as funções exercidas;
- b) O auxiliar não atue com finalidades exclusivamente pessoais<sup>1920</sup>.

A eventual ampliação da responsabilização do comitente depende, segundo este Autor, dos seguintes fatores<sup>1921</sup>:

- a) Saber em que medida as instruções ou as tarefas acometidas ao comissário facilitaram ou aumentaram a probabilidade de este causar o dano;
- b) A existência de um específico dever de custódia, proteção ou conservação, do principal em relação aos bens danificados;
- c) A existência eventual de autorização do principal ao auxiliar para atuar para além dos limites das suas funções;
- d) A atuação do auxiliar com fins exclusivamente pessoais ou familiares, que, em princípio, exclui a responsabilidade do comitente.

Também pode acontecer que a responsabilidade do comitente se justifique com base na aparência / confiança<sup>1922</sup>. Neste sentido, por um lado, o principal deve responder porque criou uma situação de confiança nos eventuais lesados, mas também pode acontecer que deva ser excluída a sua responsabilidade, caso se verifique que o terceiro não atuou com a diligência exigível. Assim, se o lesado se poderia ter apercebido da existência de abuso de

---

<sup>1918</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 94.

<sup>1919</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 98.

<sup>1920</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 104.

<sup>1921</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., pp. 118 e seguintes.

<sup>1922</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., pp. 122 e seguintes.

funções por parte do comissário, ou que este na realidade não era auxiliar, poderá haver culpa do lesado.

VIII. Pode acontecer que, devido à dimensão da empresa e à diluição das tarefas, seja difícil ou mesmo impossível identificar em concreto a pessoa do comissário. De acordo com a jurisprudência espanhola, a responsabilização do comitente procede desde que logre provar a *culpa anónima* de algum dos auxiliares<sup>1923</sup>.

IX. A responsabilidade prevista no artigo 1903.º CCE é solidária em relação à eventual responsabilidade do agente causante. Donde resulta que o dano deve ser também imputável ao causante, isto é, ao dependente, a título subjetivo<sup>1924</sup>.

X. O artigo 1903.º CCE configura, por conseguinte, uma situação de responsabilidade subjetiva, provida de presunção de culpa: culpa *in vigilando* no caso dos filhos e pupilos; culpa *in eligendo*, *in instruendo* ou *in vigilando* no caso dos comitentes, em relação aos seus dependentes; e culpa na organização das atividades escolares ou extra-escolares ou complementares, no caso dos alunos<sup>1925</sup>. A presunção é elidida se o agente demonstrar que atuou com a diligência de um bom pai de família, por forma a impedir a ocorrência do dano.

XI. Alguma doutrina espanhola considera que a norma não se mostra adequada às *necessidades do tráfico jurídico atual*<sup>1926</sup>. Esta situação terá conduzido a jurisprudência a avançar com interpretações inovadoras, com vista a “*superar por vías diversas las limitaciones de un régimen de responsabilidad por culpa presunta*”

---

<sup>1923</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 136.

<sup>1924</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5956, considera que, assim não acontecendo, o agente pode ser diretamente responsável, nos termos do artigo 1902.º CCE, designadamente “*por culpa en la organización, en l conservación de la maquinaria, etc.*”.

<sup>1925</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5956.

<sup>1926</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., pp. 11 e 12.

(in elegendo o in vigilando) *del empresario*<sup>1927</sup>, ou seja, numa lógica de *objetivação* da responsabilidade<sup>1928</sup>. Exemplo desta orientação foi a inspiração na decisão suíça *Schachtrahmen*, com base na ideia de que a culpa presumida assenta numa responsabilidade por defeito na organização, ou seja, caso a empresa não conseguisse demonstrar que havia organizado a sua atividade de molde a evitar danos para terceiros, teria de responder<sup>1929</sup>. Esta solução corresponde a uma inspiração na tese alemã da *Organisationshaftung*, supra referida. Naquela decisão, o Supremo Tribunal Suíço considerou que um fabricante se encontrava obrigado a modificar o processo de fabrico se um defeito de produção não pudesse ser identificado, mesmo com um controlo muito diligente.

Destarte, apesar de aparentemente estar em causa um sistema de responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, encontramos em não poucas decisões do STE uma orientação no sentido da qualificação de tal imputação como objetiva.

Neste sentido, vejam-se as seguintes decisões:

- a) Sentença do STE de 03.07.1998<sup>1930</sup>, na qual se condenou, ao abrigo do artigo 1903.º/4 CCE, a Associação de Pais de Crianças Autistas, num caso com os seguintes contornos: o lesado era um jovem autista de 22 anos, que se encontrava internado no centro há já alguns anos, no qual recebia tratamento especial e formação para o exercício de certas atividades. Num determinado dia, sob a orientação do diretor do centro, o lesado, juntamente com outros colegas, procediam ao transporte de vários objetos de um local para outro, mas dentro do centro, sendo que o demandante carregava uma estante com 2 a 3 kg de peso. Durante o processo, o aluno sofreu uma queda no pátio, por causa desconhecida, causando-lhe severas lesões e acabando por

---

<sup>1927</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 12.

<sup>1928</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 23.

<sup>1929</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 24.

<sup>1930</sup> Recurso n.º 937/1994, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

perder em absoluto uma das visões. Na perspectiva do tribunal, pese embora a responsabilidade civil seja, por via de regra, assente no princípio da culpa, há também de dar lugar à aplicação, “*dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin eigirla en fundamento único de la obligación de resarcir*”. Posto isto, o STE assinalou alguma incoerência na decisão de segunda instância, na medida em que nesta, por um lado, se afirmava que o aluno estava desenvolvido, do ponto de vista físico, admitindo, ao mesmo tempo, alguma descoordenação de movimentos, o que parecia exigir cuidados acrescidos para o transporte de uma estante com as dimensões do caso. Deste modo, concluiu que havia culpa *in eligendo* ou *in vigilando* por parte do diretor do centro, devendo este último responder a título objetivo, por fato alheio;

- b) Sentença do STE de 09.10.2000<sup>1931</sup>: aqui o STE afirmou que o artigo 1903.º § 4 CCE continha um regime de clara *responsabilidade objetiva*, mas completou esta ideia acrescentando que o seu fundamento seria, ao mesmo tempo, o risco e a culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, o que se afigura incoerente com a primeira afirmação;
- c) Sentença do STE de 02.12.2012<sup>1932</sup>: o STE apreciou um caso de morte de um trabalhador por eletrocussão. O problema em análise envolvia o concurso de várias causas para o dano, na medida em que: (a) por um lado, a vítima era um trabalhador especializado, o qual, por incúria, não desligou o quadro antes da operação que ia efetuar; (b) por outro, a *Comunidad de Proprietarios*, titular do espaço onde o dano ocorreu, não reparara as deficiências desse espaço, pois consta que fora feita uma inspeção ao edifício, na qual se propunha substituir a instalação de gás por outra, que fosse apta para o gás natural,

---

<sup>1931</sup> Recurso n.º 2802/1995, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

<sup>1932</sup> Recurso n.º 1573/1997, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

constando que tal inspeção não tinha sido efetuada no espaço fechado onde se deu o acidente, espaço esse onde depois foi feita uma perfuração no teto falso, no qual o empregado introduziu meio corpo para levar a cabo a substituição da canalização, a qual tinha os bornes descobertos, por culpa da *Comunidad de Proprietarios*. Ora, neste caso, por existir culpa desta entidade, foi a mesma responsabilizada ao abrigo do artigo 1902.º CCE, e não da responsabilidade objetiva.

XII. Também num sentido que se afasta da letra do artigo 1903.º CCE se pronuncia Jordano Fraga, ao afirmar que o Direito vigente consagra, *“para el empresario o patrono una responsabilidad extracontractual indirecta de carácter objetivo (independiente de su culpa personal in eligendo, in vigilando) por los daños causados por sus dependientes o empleados, y no ya una responsabilidad por culpa de personal (in eligendo, in vigilando) legalmente presumida, pero con posibilidad (teórica) de prueba en contrario”*<sup>1933</sup>.

Para sustentar este entendimento, o Autor invoca os seguintes argumentos:

a) O artigo 1904.º CCE, onde se admite que o principal exerça o seu direito de regresso, inclusivamente *na totalidade*, contra o autor material, o que significa que se poderá prescindir, em absoluto, de qualquer culpa por parte do principal;

b) O artigo 120.º do Código Penal Espanhol, nos termos do qual:

*Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:*

*1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.*

*2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de*

---

<sup>1933</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 470 e seguintes.

*difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.*

*3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.*

*4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.*

*5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.*

Nesta disposição, concretamente nos n.ºs 2 a 4, preveem-se situações de imputação objetiva, ou seja, totalmente independente de qualquer culpa do responsável<sup>1934</sup>.

Não podemos, no entanto, acompanhar a perspetiva de Jordano Fraga. Com efeito, o Autor conclui que o artigo 1903.º CCE contém um regime de responsabilidade objetiva *depois* de constatar que o entendimento que a doutrina e a jurisprudência fazem desta norma é especialmente exigente, transformando-o num regime independente de critérios de culpa. Portanto, a conclusão precede a análise do próprio regime e justifica a aplicação desfasada do preceito, solução que se afigura manifestamente anómala e indefensável.

---

<sup>1934</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 473 e seguintes, referia, à data em que analisou o problema, o artigo 22.º do Código Penal Espanhol então vigente e o artigo 121.º.4 do Projeto de novo Código, então em discussão, considerando que a consagração da imputação objetiva era um argumento análogo importante para considerar a existência de um princípio geral de responsabilidade contratual indireta objetiva.

XIII. Assinala-se que, não obstante estas tentativas, a tendência mais recente do STE parece ir no sentido de o artigo 1903.º CCE contemplar uma situação de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou seja, uma presunção de culpa<sup>1935</sup>, ainda que seja particularmente difícil ao principal elidir esta presunção, o que normalmente apenas acontece quando o dependente atua fora do âmbito das suas funções<sup>1936</sup>.

Assim, em sentido manifestamente oposto às decisões acima mencionadas, vejam-se os seguintes casos:

- a) Sentença do STE de 06.02.2009<sup>1937</sup>, onde se qualificou a responsabilidade prevista no artigo 1903.º CCE como sendo, indiscutivelmente, de cariz subjetivo. Em causa estava a eventual responsabilização de uma enfermeira e de um Instituto de Saúde, pela morte de um paciente com 63 anos de idade e que padecia de graves insuficiências respiratórias, o qual, tendo sido ligado a um sistema de ventilação mecânica não invasiva, veio a falecer. De acordo com a perspetiva do recorrente, estava demonstrado que a morte resultara de uma ação ou omissão negligente ocorrida no círculo de atividade da empresa e em circunstâncias que, segundo as regras de experiência, cabe atribuir aos empregados ou dependentes do Instituto, *“sin que sea necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables”*. Ao invés, o STE concluiu que não se demonstrara qualquer atuação negligente, não havendo assim que aplicar o § 4 do artigo 1903.º CCE, norma que impõe uma *“responsabilidad que, como reiteración ha declarado esta Sala, no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o in vigilando respecto de las personas por quienes debe responder”*;

---

<sup>1935</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 14.

<sup>1936</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 15.

<sup>1937</sup> Recurso n.º 2640/2003, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.



- b) Sentença do STE de 14.05.2010<sup>1938</sup>, em que era demandada a Cruz Vermelha por parte de um voluntário, o qual recebeu uma ordem para, juntamente com outros companheiros, prestar socorro num pontão, sob a vigilância de um marinheiro que estava no exercício de serviço militar, o qual, a dada altura, lhe indicou que estava a ver uns peixes e o empurrou para a água, causando-lhe severas lesões. A primeira e a segunda instância haviam exonerado a Cruz Vermelha de responsabilidade, considerando que a ação fora praticada fora do exercício de funções, sendo imprevisível. Ao invés, o STE considerou que, se é certo que o ato praticado pelo marinheiro não se inseria nas funções que lhe foram atribuídas, certo era também que o fato de empurrar o jovem acontecera no momento em que exercia tais funções, estando então sob a vigilância da Cruz Vermelha. Assim, concluiu que decorria do artigo 1903.º § 4 CCE uma *presunção de culpa*, “que unicamente desaparece cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

XIV. As oscilações da jurisprudência espanhola não se limitam à alternância entre a natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade consagrada no artigo 1903.º CCE, havendo ainda posições intermédias a destacar, nomeadamente a adotada na sentença do STE de 08.05.1999<sup>1939</sup>.

Neste caso, o Tribunal apelou a uma responsabilidade de carácter *quase-objetivo*, acentuando que, quando a vítima interfere no processo causal, provocando com a sua ação o desfecho de que é alvo, tal é exclusivo da responsabilidade ao abrigo do artigo 1903.º. Nessa medida, reconheceu que “la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual”, mas assinalou que essa tendência “se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso”. Deste modo, “la doctrina de la

<sup>1938</sup> Recurso n.º 1346/2006, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

<sup>1939</sup> Recurso n.º 3209/1994, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

*Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del fator moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el terceiro”.*

XV. Pela nossa parte, pronunciamo-nos a favor da natureza subjetiva da imputação contida no artigo 1903.º CCE, ainda que com uma presunção de culpa que o agente poderá ter especial dificuldade em afastar. Neste sentido, verifica-se que a jurisprudência tem vindo a recusar a elisão da presunção, numa lógica de *objetivação da responsabilidade extracontratual*, aplicável não apenas ao empresário mas também aos pais e tutores<sup>1940</sup>.

Apesar do que se disse antes, isto é, da circunstância de se estar diante de uma imputação subjetiva com presunção de culpa, vem o primeiro parágrafo do artigo 1904.º estabelecer que *“El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”*. Há, assim, uma situação de solidariedade, que se poderia qualificar como *imperfeita*.

No entanto, levantam-se algumas questões relativamente a este dispositivo:

- a) *Em primeiro lugar*, a questão de saber se este direito de regresso opera na medida da culpa de cada responsável, isto é, atendendo também à culpa (efetiva, não à culpa presumida) do agente?
- b) *Em segundo lugar*, a questão de aferir se, por dependentes, se deve entender as pessoas referidas no quarto parágrafo do artigo 1903.º, ou todos os parágrafos constantes deste artigo<sup>1941</sup>?

Pese embora o argumento literal aponte para uma perspetiva mais restrita, parece que esta norma é aplicável a todas as situações previstas no artigo 1903.º CCE<sup>1942</sup>.

---

<sup>1940</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5956.

<sup>1941</sup> Colocando diretamente esta questão, F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5957.

Já no que concerne ao primeiro problema, Pantaleón Prieto considera que nem sempre haverá direito de repetição, porquanto, na sua perspetiva, a aplicação do artigo 1903.º CCE não pressupõe que o causante imediato deva ser responsável pelo dano<sup>1943</sup>.

## Responsabilidade obrigacional

I. Como se referiu, o Direito Espanhol, à semelhança do Código Civil Francês, não contém uma norma que estabeleça, de modo expresso, a responsabilidade obrigacional por fato de outrem, encontrando-se apenas algumas disposições a este respeito, dispersas pela legislação.

II. O artigo 1105.º CCE declara que:

*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables.*

Assim, para que o devedor não seja chamado a responder a título contratual, é necessário que:

- a) O evento seja alheio ao controlo do devedor, bem como dos seus auxiliares;
- b) O evento não pudesse, razoavelmente, ser previsto, ao tempo da contratação;
- c) Se trate de um evento inevitável, atendendo ao critério do bom pai de família<sup>1944</sup>.

---

<sup>1942</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5957.

<sup>1943</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5957: “Hay que insistir en la idea de que dicha repetición sólo cabrá cuando aquél frente a quien se repite haya de responder del daño causado, ya que, como hemos señalado, la responsabilidad del causante inmediato del daño no es condición necesaria de la de quien debe responder por él con base en el artículo 1.903 CC.”.

<sup>1944</sup> Neste sentido, L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, em *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV – Pro-Zon, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 5923.

A doutrina espanhola considera que o critério de imputação contratual extravasa a culpa do devedor, abrangendo a *esfera de controlo* do devedor e dos seus auxiliares não dependentes.

III. A primeira situação consagrada expressamente na lei refere o empreiteiro, que encarrega um terceiro de o auxiliar. Nos termos do artigo 1596.º CCE, *“El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra”*, donde resulta que, sempre que o devedor contrate um terceiro para o auxiliar no cumprimento, total ou parcial, da sua própria obrigação, ele responde por todo o “incumprimento” que derive da ação deste terceiro<sup>1945</sup>.

Este regime é comum ao contrato de depósito, no âmbito do qual o artigo 1784.º CCE determina que *“La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor”*, sendo aplicável também ao contrato de transporte por via da remissão contida no artigo 1601.º CCE.

O regime de responsabilidade por fatos dos auxiliares é aplicável inclusivamente na ausência de contrato, como é o caso da gestão de negócios, por força do disposto no artigo 1890.º CCE: *“Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.”*.

No que concerne ao contrato de mandato, o artigo 1721.º CCE dispõe que:

*El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:*

*1º. Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.*

---

<sup>1945</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5958, considera que este regime é aplicável, por analogia, aos trabalhos efetuados por terceiros subcontratados pelo devedor, independentemente de o credor haver ou não autorizado a subcontratação.

2º. Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Pantaleón Prieto é da opinião de que este regime não se aplica ao caso previsto no artigo 1596.º, pelo que nesta situação o devedor responde pela atuação do terceiro que haja subcontratado, quer a subcontratação tenha ocorrido com autorização ou não por parte do credor<sup>1946</sup>. De acordo com este autor, a única ideia que se pode generalizar constante do artigo 1721.º CCE é a de que o devedor não pode ser chamado a responder pelo subcontratado designado pelo próprio credor, sendo o remanescente regime constante deste artigo “absolutamente excepcional”<sup>1947</sup>.

IV. O segundo grupo de casos em que se verifica a responsabilidade obrigacional por fato de outrem são aqueles em que o devedor legitima a um terceiro o acesso ao bem que é objeto da prestação. Com efeito, o devedor é responsável caso permita a terceiro o acesso ao bem que constitui objeto da prestação, porquanto tal permissão aumenta substancialmente o risco de desvio de tal bem<sup>1948</sup>.

No Código Civil Espanhol, esta situação encontra-se regulada nos artigos 498.º (para o usufruto)<sup>1949</sup>, 1550.º e 1564.º (para o arrendamento)<sup>1950 1951</sup> e 1601.º (para o transporte)<sup>1952</sup>.

Este segundo grupo de situações parece corresponder aos casos de Direito romano de obrigação de custódia, razão pela qual se prescinde em absoluto de qualquer relação de dependência entre o agente e o causante direto.

---

<sup>1946</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5958.

<sup>1947</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5958.

<sup>1948</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad por hecho ajeno*, ob. cit., p. 5958.

<sup>1949</sup> Artigo 498.º CCE: El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya.

<sup>1950</sup> Artigo 1550.º CCE: Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador.

<sup>1951</sup> Artigo 1564.º CCE: El arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa.

<sup>1952</sup> Artigo 1601.º CCE: Los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1.783 y 1.784.

V. Segundo López Guerra, as falhas dos fornecedores do devedor não podem ser equiparadas, para efeitos de responsabilidade do devedor, às falhas dos seus auxiliares ou dependentes<sup>1953</sup>.

VI. Em regra, o primeiro parágrafo do artigo 1107.º CCE determina que *Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*. No entanto, em caso de dolo do devedor, bem como de fato doloso de um seu auxiliar de cumprimento, *responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*.

A doutrina é da opinião que as partes podem acordar a exoneração ou a limitação da responsabilidade do devedor por atos dolosos de auxiliares, não obstante o disposto no artigo 1102.º CCE<sup>1954</sup>. Todavia, em caso de cláusulas contratuais gerais, são nulas todas as cláusulas de exoneração de responsabilidade por dolo, culpa grave, culpa leve própria ou de auxiliares.

VII. Em Espanha, entende-se que o vendedor fabricante responde pelos vícios da coisa produzida, incluindo aqueles que provenham do vício de materiais fornecidos por terceiros, assim como deve responder por todos os defeitos que não pudessem ter sido evitados, mesmo com cumprimento das exigências de cuidado, exceto aqueles que não pudessem ser detetados, ao

---

<sup>1953</sup> L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, ob. cit., pp. 5923 e 5924. Assim, considera que a falha, imprevisível ao tempo da contratação, de um fornecedor com o monopólio, exonera o devedor, mas não exonera esse próprio fornecedor perante o devedor. Pelo contrário, entende que um não cumprimento de um fornecedor que não detenha o monopólio não pode exonerar o devedor, já que está na sua esfera de controlo a escolha de tal fornecedor: *“Pero, como regla, los fallos, incluso fortuitos, de sus proveedores no monopolistas, aun si elegidos con el máximo cuidado, no servirán para exonerar al deudor: han de considerarse típicamente pertenecientes a su esfera de control, pues, típicamente, el deudor selecciona con total libertad a sus proveedores.”*.

<sup>1954</sup> L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, ob. cit., p. 5926.

tempo da produção, devido ao estado dos conhecimentos científicos ou técnicos<sup>1955</sup>.

Menor é a responsabilidade do vendedor intermediário, já que o defeito não surge na sua esfera de controlo<sup>1956</sup>. Gomez Calle discute, todavia, se este se pode exonerar alegando apenas que o fabricante, por si escolhido, é uma firma acreditada e que usou as medidas razoavelmente exigíveis para detetar possíveis defeitos. O Autor parece concluir que neste caso o devedor irá responder contratualmente pelo defeito, dada a liberdade de escolha do fabricante, ainda que tal extravase a sua própria culpa; donde resulta que, quando exista um monopólio ao nível do fabricante, ou este tenha sido escolhido pelo comprador, o devedor não seja já responsável<sup>1957</sup>.

VIII. Observando o quadro legal, parece de subscrever o entendimento de Jordano Fraga: pese embora a ausência de consagração *expressa* de um princípio da responsabilidade objetiva do devedor por fato de outrem, este princípio deve ser afirmado, com os seguintes argumentos<sup>1958</sup>:

- a) Por um lado, com base nas várias disposições isoladas que consagram a responsabilidade do devedor por fato de outrem, relativamente às quais se pode invocar analogia *legis*, atendendo à similitude de pressupostos e à identidade de *ratio*. Assim, para este Autor, “No existe, en efecto, ninguna razón para que el contratista o el transportista respondan objetivamente por sus auxiliares de cumplimiento, y no lo haga el vendedor, el comodatario o el socio”<sup>1959</sup>. Não obstante, em contrapartida, sempre se poderia argumentar que era precisamente isso que acontecia no Direito romano... Para este Autor, deve ainda funcionar a analogia *iuris*, nos termos do artigo 1.º, n.º 4, do CCE, de forma a

---

<sup>1955</sup> L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, ob. cit., p. 5924.

<sup>1956</sup> L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, ob. cit., p. 5924.

<sup>1957</sup> L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, ob. cit., p. 5924.

<sup>1958</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 489 e seguintes.

<sup>1959</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 489.

extrair de tais normativos “*un principio general de responsabilidad contractual indirecta*”<sup>1960</sup>.

- b) Por outro, com base no artigo 1903.º CCE e no regime de responsabilidade civil plasmado no Código Penal Espanhol, acima referido, onde se admite a imputação objetiva por fato de outrem, os quais devem fundar a analogia de regime para a responsabilidade obrigacional uma vez que de tais dispositivos resulta que “*la ley imputa «el riesgo del personal» a quien lo utiliza o aprovecha*”. Ora, como bem salienta este Autor, seria incoerente que o regime de responsabilidade delitual por fato de outrem fosse mais vantajoso para o terceiro lesado, do que o regime de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, que se aplica ao credor, o qual tem uma relação específica com o devedor, de fonte negocial ou legal<sup>1961</sup>.

IX. Alguma doutrina espanhola procura fundamentar este princípio geral de responsabilidade objetiva do devedor com base na ideia de caso fortuito, à semelhança do ocorrido a respeito do Código Civil Italiano de 1865 e do CCF.

Contudo, a verdade é que o CCE não contém uma noção de caso fortuito semelhante ao CCF, antes constando este conceito do artigo 1105.º: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables*”. Ora, como é manifesto, desta norma não consta qualquer menção a que o caso fortuito deva ser externo ao devedor, pelo que Jordano Fraga considera que tal depende da natureza infungível ou não da prestação, sendo que, no primeiro caso, um impedimento que atinja a pessoa do devedor poderá justificar a sua liberação<sup>1962</sup>. Ou seja, a exterioridade não é, efetivamente,

---

<sup>1960</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 490.

<sup>1961</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 492.

<sup>1962</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 493 e 494.



um requisito do caso fortuito, já que, nas obrigações infungíveis, só se pode falar em caso fortuito se o evento atingiu a própria pessoa do devedor.

X. Este tem sido igualmente o entendimento da jurisprudência. Com efeito, na sentença de 1 de março de 1990<sup>1963</sup>, o STE afirmou que, não obstante a ausência, no CCE, de uma norma análoga ao § 278 BGB, *“cabe deducir por analogia la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares o empleados, ya por culpa «in eligendo» o «in vigilando», ya en virtud del principio «cuius est commodum eius est periculum»”*.

O caso era o seguinte: um administrador do devedor, que, frequentemente, atuava como seu representante em contratos de compra e venda, os quais eram depois ratificados pelo devedor, que fazia face às dívidas contraídas, celebrou com um terceiro um contrato de compra e venda de 880 cabeças de gado, sem dispor dos necessários poderes de representação. A parte vendedora (terceiro credor) alegava que ocorrera ratificação tácita, já que os animais haviam sido efetivamente entregues, mas o “mandante” não aceitava tal argumentação, discutindo-se o pagamento ou não do preço. Segundo o STE, *“los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe (cual el vendedor del ganado) imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones del poder de representación que no hayan podido conocer, ni racionalmente prever”*.

Todavia, a afirmação deste princípio, nesta decisão, acaba por estar ligada a uma situação de representação, o que pode causar algumas dúvidas.

XI. O mesmo aconteceu na sentença de 01.03.1990<sup>1964</sup>. O caso era o seguinte: em outubro de 1982, Eduardo, que, há 18 anos prestava os seus serviços a determinada empresa de construções, na qualidade de chefe de vendas desta, atuou, nessa qualidade e com vista à venda de um certo imóvel, entrando em negociações com o potencial comprador, de nome Jorge. Após a visita à casa, a título de reserva, Jorge entregou a Eduardo 1.800.000 pesetas.

---

<sup>1963</sup> Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

<sup>1964</sup> Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Abusando da confiança do principal, Eduardo fez sua aquela quantia, bem como outras que recebeu daquele comprador, ao qual entregou as chaves do imóvel, tendo este iniciado a respetiva posse. Foi provado que Eduardo celebrara uma promessa unilateral de venda, a qual não se concluiu por diversas circunstâncias, principalmente por não se haver concertado o preço da casa em questão. Eduardo atuara como representante / delegado da empresa de construções, que em nenhum momento lhe retirou esses poderes.

Tanto a primeira instância como a Relação consideraram que o prédio se mantinha na propriedade da empresa de construções, tendo-a no entanto condenado a devolver ao potencial comprador as somas que entregara ao seu representante.

A empresa representada alegava que não estava vinculada pelos atos de Eduardo, invocando para esse efeito o disposto no artigo 292.º do Código Comercial Espanhol:

*Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el desempeño constante, en su nombre y por su cuenta, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen, en virtud de pacto escrito o verbal; consignándolo en sus reglamentos las compañías, y comunicándolo los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales.*

*Los actos de estos dependientes o mandatarios singulares no obligarán a su principal sino en las operaciones propias del ramo que determinadamente les estuviere encomendado.*

Contudo, o Tribunal recusou este fundamento, já que o mesmo se baseava num fato não provado nos autos. Com efeito, a empresa alegara que Eduardo recebera aquela e outras quantias a título de empréstimo por parte daquelas pessoas, mas tal não fora dado como provado pelas instâncias.

Ao invés, o STE afirmou que, na falta de uma norma idêntica ao § 278 BGB, haveria que retirar, por analogia, tal princípio de responsabilidade do principal pelos atos dos seus auxiliares, quer com base em culpa daquele, quer com fundamento no princípio do risco, “*pues el cliente confía en la formalidad e en*

*la reputación negocial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado*”, acrescentando ainda que se trata de uma “*obligación que constituye en postulado imperioso del tráfico jurídico negocial*”, princípio este que atua inclusivamente nas negociações preliminares.

XII. Admitindo que o Direito Espanhol contém um princípio de responsabilidade objetiva do devedor por fato dos seus auxiliares, Jordano Fraga parte para a conclusão de que tal pressupõe a aplicação, ao auxiliar, das regras gerais relativas à responsabilidade contratual, uma vez que é necessário aplicar o regime legal a essa conduta, *como se tal conduta fosse do próprio devedor*<sup>1965</sup>.

Assim, distingue dois momentos:

- a) Determinação da existência de infração à obrigação<sup>1966</sup>;
- b) Juízo de responsabilidade quanto ao devedor, que passa por saber se existe ou não um caso fortuito que o possa exonerar da sua responsabilidade<sup>1967</sup>.

Este entendimento parece-nos inteiramente de seguir, ainda que, sem uma norma específica sobre este tema, seja maior a dificuldade de determinação dos pressupostos de responsabilização do devedor. Isso pode ser particularmente complicado no que respeita à exigência de que o dano seja causado no cumprimento, e não por mera ocasião deste, na medida em que tal pressuposto não decorre de nenhum texto legal.

---

<sup>1965</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 503 e seguintes.

<sup>1966</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 506, sublinha que, tecnicamente, a infração na realidade não existe, já que o auxiliar é, por definição, um terceiro, não podendo por isso deixar de cumprir a obrigação que não lhe pertence.

<sup>1967</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 515, define caso fortuito como “*un evento sobrevenido, originado en una concreta causa no imputable ao deudor, que imposibilite a éste la realización del (exacto) cumplimiento debido*”.



### Generalidades

Vamos agora dedicar algumas páginas ao estudo da responsabilidade por fato de outrem no Direito anglo-saxónico. Em termos históricos, a doutrina alterna entre aqueles que defendem a primazia da culpa na *Common Law* e os que contestam este entendimento. Segundo alguns autores, mesmo antes do século XIX, eram já admitidos vários casos de *strict liability*, ou seja, responsabilidade sem culpa<sup>1968 1969</sup>. No entanto, em Inglaterra, a reforma de 1873-75 possibilitou a aprovação do *Judicature Acts*, a partir do qual foi consagrado o princípio da culpa, enquanto critério geral de imputação<sup>1970</sup>.

No ordenamento jurídico anglo-saxónico não se encontra facilmente uma regulação do Direito das Obrigações. A separação essencial é entre os *torts*, ou actos ilícitos, e os *contracts*<sup>1971</sup>.

A *Common law* assenta na regra *qui facit per alium, facit per se* (*respondeat superior*). No entanto, a responsabilidade baseia-se numa espécie de ficção: a ideia de que o fato do auxiliar é o fato do mestre<sup>1972</sup>.

---

<sup>1968</sup> GUIDO SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, ob. cit., pp. 427 e 428, referindo-se várias áreas onde a culpa não era incluída, tais como o exercício de atividades perigosas, danos causados por animais, responsabilidade do comitente, etc. Cf. também, sobre o tema: ARTHUR T. VON MEHREN (Chief Editor), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VII – Contracts in general, Part 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 3 e seguintes.

<sup>1969</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, Second edition, Londres, Butterworths, 1984, p. 127, afirmam que a responsabilidade objetiva surgiu muito antes da legislação industrial. Contudo, dão como exemplo uma situação que não parece configurar um caso de responsabilidade objetiva: “In the early middle ages, a man who slew by pure misadventure could be adjudged guilty of felony”.

<sup>1970</sup> GUIDO SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, ob. cit., p. 429. Sobre o modo de funcionamento do sistema anglo-americano, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 157.

<sup>1971</sup> Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, ob. cit., p. 76.

<sup>1972</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 272.

## Responsabilidade extracontratual

I. A responsabilidade civil assenta no conceito de *tort*, entendido pela doutrina como “*an act or omission which is unauthorized by law, and independently of contract*”, pelo qual uma pessoa ofende um direito absoluto, ou de outra natureza, de outra, donde resulta um dano, ou ainda quando é ofendido um direito de natureza pública, daí resultando um dano substancial para um particular, que se encontrava no âmbito dos interesses tutelados pelo regime público<sup>1973</sup>. Portanto, o ato ou omissão de onde resulta o *tort* não pode consistir na ofensa de uma obrigação prévia, designadamente contratual.

De acordo com a definição de Percy Winfield, “*Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by the law; such duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages*”<sup>1974</sup>.

Integra-se ainda na noção de *tort* o incumprimento de um dever de uma pessoa em relação a outra, emanado da lei, mas independente de um contrato<sup>1975</sup>.

O *tort* assume a natureza de um ato errado, ou seja, “*a wrong recognised by law*”<sup>1976</sup>. Não obstante, em termos amplos, o incumprimento do contrato (*breach of contract*) é, também, um ato ilícito (*civil wrong*). Contudo, na responsabilidade contratual há o incumprimento de um compromisso previamente assumido, de assumir um determinado comportamento<sup>1977</sup>.

Assim, a responsabilidade delitual diferencia-se da contratual porquanto na primeira “*the duties in the former are primarily fixed by law, while in the latter*

---

<sup>1973</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, Second edition, Londres, Butterworths, 1964, p. 3. Na p. 6, o Autor sintetiza o tema do seguinte modo: *It will therefore be seen that, for a tort to be committed, there must be an act or omission which cause either (a) an infringement of some absolute private right, or (b) an infringement of a qualified private right resulting in damage, or (c) an infringement of a public right which results in a substantial and particular damage to the plaintiff beyond that suffered by the public at large.*

<sup>1974</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, Fouteenth edition, Londres, Sweet & Maxwell, 1975, p. 1.

<sup>1975</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., p. 6.

<sup>1976</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLÉ, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., pp. 1 e 2, onde destaca os mais importantes: *negligence, nuisance, defamation, conversion, trespass to goods, trespass to the person, trespass to the land*. Os Autores sublinham ainda a diferença entre *legal wrongs* e *torts*.

<sup>1977</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLÉ, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., p. 13.

*they are fixed by the parties themselves*"<sup>1978</sup>. Apesar disso, parece de subscrever a opinião de Philip James, quando afirma que "*The truth really is that breaches of contract and torts are species of the single genus civil wrong*"<sup>1979</sup>. Não obstante, admite-se que, nalguns casos, uma pessoa seja, simultaneamente, responsável a nível contratual e delitual<sup>1980</sup>.

II. A responsabilidade pelo *tort* exige que o agente tenha atuado com dolo ou mera culpa, donde, em regra, este pode exonerar-se do dever de indemnizar se demonstrar que não teve culpa ou que, ainda que tivesse usado dos cuidados que lhe eram exigíveis, não poderia ter impedido o dano<sup>1981</sup>.

III. Em termos extracontratuais, vigora um sistema de responsabilidade objetiva por fato de outrem, assente na imputação subjetiva ao dependente, que, para esse efeito, deverá ter atuado no exercício da sua função. A esta imputação dá-se a designação frequente de *vicarious liability*, que é um dos princípios legais mais firmemente estabelecidos no Direito da *Common law*<sup>1982</sup>.

Por *vicarious* deve entender-se algo feito pela mão de outra pessoa. *Vice*, em latim, significa *no lugar de*. Não obstante, alguma doutrina contesta esta

---

<sup>1978</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., p. 8.

<sup>1979</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., pp. 8 e 9, assinalando que são similares nos aspetos fundamentais.

<sup>1980</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., pp. 13 e 14, dando o exemplo do cirurgião que, negligentemente, deixa um objeto no interior do paciente, sendo responsável por incumprimento do contrato mas também em termos delituais, pelo *tort negligence*. Os Autores salientam que, tradicionalmente, o concurso entre responsabilidade contratual e extracontratual tinha lugar em apenas certos casos, como o transportador e o depositário. Contudo, atualmente, "*whenever someone, in the course of his trade or business, undertakes to perform a service for another person who relies on that undertaking, a duty of care may arise in both tort and contract.*". Assim, uma pessoa pode ser delitualmente responsável, ainda que tenha celebrado um contrato com o lesado e ainda que tendo em consideração que, sem o contrato, não teria havido oportunidade de causar o dano. Concluem ainda, a páginas 17, "*that the traditional models of contract, as a system protecting expectations, and tort, as a system protecting the status quo, are breaking down.*".

<sup>1981</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., p. 16, dando como exemplo o caso *National Coal Board v. J. E. Evans & Co. (Cardiff), Ltd.*, em que A contratou B para realizar escavações num terreno pertencente a C, sendo que quem executou o trabalho danificou os cabos elétricos de D, que estavam enterrados no local. Porém, não foram responsabilizados, nem A nem B, na medida em que não tinham forma de saber da existência dos cabos.

<sup>1982</sup> Neste sentido, PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, Londres, Butterworths, 1967, p. 12.

ideia, uma vez que, na responsabilidade vicária, o agente não responde *no lugar de outra pessoa*, mas responde antes pelos atos de outra pessoa, a qual se mantém, em simultâneo, responsável<sup>1983</sup>.

Contudo, a doutrina assinala que, pelo menos à primeira vista, a responsabilidade por fato de outrem atenta contra dois grandes princípios<sup>1984</sup>:

- a) O princípio segundo o qual a imputação de um dano depende da prática de um ato ou omissão pelo próprio agente, ou responsabilidade direta;
- b) O princípio da culpa, ou responsabilidade subjetiva.

Em especial, há uma clara restrição ao princípio da culpa, pelo menos nos sistemas em que o principal responde, independentemente de fato próprio.

IV. Para a doutrina anglo-saxónica, a nível de responsabilidade delitual por fato de outrem, começou por ser absolutamente essencial a possibilidade de controlo do comissário por parte do comitente<sup>1985</sup>. Assim, a *vicarious liability* era aplicável àqueles que pudessem ser qualificados como *servants*, ou seja, trabalhadores.

Porém, salienta-se que a qualificação de uma pessoa como *servant* é apenas relevante para efeitos de responsabilização do *master*, não relevando também para outros fins (p.ex., para diferenciação entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços)<sup>1986</sup>.

A nível de identificação de um *servant*, parece ser unânime que não há um critério geral suscetível de aplicação, devendo ser sempre analisado cada caso concreto, com base na interpretação do contrato que liga o *master* ao *servant* e na intenção das partes (ainda que esta possa não ser determinante)<sup>1987</sup>.

---

<sup>1983</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., p. 132.

<sup>1984</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 12.

<sup>1985</sup> Neste sentido, PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 15 e seguintes.

<sup>1986</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 31.

<sup>1987</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 125.



A diferenciação entre um *servant* e um *independent contractor* começou por ser aferida por meio do *control test*<sup>1988</sup>. Este critério foi adotado no caso *Short v. J. & W. Henderson Ltd.*, onde se considerou haver quatro indícios deste controlo:

- a) Possibilidade de escolha do *servant*;
- b) Pagamento de salário ou outra remuneração;
- c) Direito de o *master* controlar o método de trabalho;
- d) Direito de suspensão ou despedimento.

No entanto, como os primeiro, segundo e último critérios se verificam igualmente na prestação com autonomia, a doutrina tende a realçar o direito de controlar a forma de realização da prestação, ou seja, o terceiro critério<sup>1989</sup>.

Contudo, cedo se apontaram as insuficiências deste método<sup>1990</sup>, desde logo no que concerne:

- a) Às profissões com autonomia técnica, em que o empregador não pode dar instruções relativamente ao modo de execução, p.ex. no caso dos hospitais em relação aos médicos<sup>1991</sup>;
- b) Aos diretores de empresas, uma vez que esta, sendo uma pessoa coletiva, não pode exercer controlo sobre os seus órgãos superiores<sup>1992</sup>;
- c) Aos casos de *one-man company*, em que o principal e o agente é uma só pessoa, não havendo também possibilidade efetiva de controlo;

Como afirma Atiyah, este teste não era tanto uma forma de aferir a existência de condições para a responsabilidade por fato de outrem, mas mais uma justificação para impor esta responsabilidade<sup>1993</sup>.

Assim, em meados do século XIX, a jurisprudência anglo-saxónica limitava a responsabilidade por fato de outrem aos atos de *servants*, negando-a

---

<sup>1988</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 40 e seguintes, onde nos dá conta de que este critério foi criado por Bramwell, em 1858, nos seguintes moldes: “A principal has the right to direct what the agent has to do; but a master has not only that right, but also the right to say how it is to be done”.

<sup>1989</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 126.

<sup>1990</sup> Sobre o tema, cf. M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., pp. 354 e seguintes.

<sup>1991</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 126.

<sup>1992</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 45.

<sup>1993</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 40.

em caso de *independent contractor*<sup>1994</sup>. O caso clássico que levou a esta diferenciação foi o caso *Quarman v. Burnett*, julgado em 1840, se verificou uma colisão entre os autores na ação e uma carruagem, pertencente a duas senhoras idosas, que haviam contratado os cavalos e o condutor. Sustentou-se que inexistia aqui uma relação *master – servant*, decisão que foi tomada pelo tribunal.

De um modo geral, o *master* responde pelos atos ilícitos – *torts* – praticados pelo *servant*, desde que estes sejam praticados no exercício das suas funções – *in the course of the servant's employment*<sup>1995</sup>.

Ao *servant* são equiparados os aprendizes, ainda que apenas para efeitos da responsabilização por fato de outrem<sup>1996</sup>. Não se considera existir uma relação de subordinação entre um superior e um inferior, trabalhadores da mesma empresa<sup>1997</sup>. Com efeito, ambos estão subordinados a uma e à mesma entidade.

Em contrapartida, em regra, o comitente não responde por atos de um contratado independente, salvo havendo culpa do próprio comitente<sup>1998</sup>.

V. Todavia, quase em simultâneo, a jurisprudência começou por aceitar importantes exceções<sup>1999</sup> à responsabilidade pelos atos ou omissões de um subordinado<sup>2000</sup>. Destacam-se as seguintes:

- a) No caso *Ellis v. Sheffield Gas Consumers Co.*, julgado em 1853, uma empresa contratou outra para fazer uma perfuração numa estrada, a fim de aí poderem instalar tubos de gás. A empresa contratada deixou vários escombros no passeio e um transeunte, à noite, tropeçou neles, ficando ferido. A empresa contratante foi considerada

---

<sup>1994</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 327.

<sup>1995</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 135.

<sup>1996</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 72.

<sup>1997</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 72.

<sup>1998</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 55.

<sup>1999</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., pp. 366 e seguintes.

<sup>2000</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 327, considera que o processo de aparecimento das exceções é curioso, porquanto terá sido devido a uma incorreta interpretação de alguns casos julgados no século XIX.

responsável por aquele ato, mas é bom de ver que o fundamento invocado pelo tribunal residiu na circunstância de se entender que a ação de perfurar uma estrada deveria ser considerada uma *perturbação da ordem pública* (*public nuisance*), pelo que a autorização da primeira empresa para que a segunda o fizesse a fazia incorrer em tal responsabilidade<sup>2001</sup>.

- b) No caso *Pickard v. Smith*, julgado em 1861, o arrendatário de um espaço de descanso numa estação de comboio, que tinha conexão com um local onde estava um depósito de carvão, foi considerado responsável pelos danos de um cliente que ia descansar e caiu, devido a um dos empregados da empresa que explorava o depósito de carvão se haver esquecido da porta aberta. Como Atiyah salienta, a importância desta decisão reside na circunstância de se afirmar que quando uma pessoa se encontra contratualmente obrigada a realizar certo ato, e o confia a um terceiro, continua responsável em caso de incumprimento<sup>2002</sup>.
- c) No caso *Performing Right Society, Ltd. V. Mitchel and Booker (Palais de Danse), Ltd.*: uma empresa, que contratara uma banda de dança por um ano, foi responsabilizada pela violação de direitos de autor cometida pelos membros da banda na sua atuação. Como justificação, invocou-se que o cliente tinha o direito de controlar detalhadamente cada ponto da atuação, incluindo a natureza da música tocada.
- d) Diferentemente, no caso *Knight v. Fox*, uma empresa foi contratada para construir uma ponte para uma empresa ferroviária. Para esse efeito, contratou, por sua vez, com outra entidade, a qual foi

---

<sup>2001</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 327.

<sup>2002</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 328 e 329: “It was simply assumed that if the «duty» in question was the defendant’s duty he could not escape liability by entrusting its performance to a contractor who omitted to perform it”.

negligente ao erguer os andaimes, levando a que uma pessoa que seguia na auto-estrada fosse ferida com a sua queda. O Tribunal considerou que a empresa contratante não respondia, já que o contratado era independente. Terá sido esta a origem da “*doctrine of the «non-delegable» duty*”<sup>2003</sup>.

Porém, houve alguma resistência dos tribunais a esta tese: nos casos *Butler v. Hunter* (1862) e *Blake v. Thirst* (1863), entendeu-se que uma pessoa que contratasse um independente para a realização de uma tarefa respondia por um ato cuja execução, houvesse, efetivamente, autorizado, mas não pelo modo improprio como tal execução fora levada a cabo<sup>2004</sup>.

VI. Assim foi despontando a admissibilidade da responsabilidade extracontratual pelos fatos de contratados independentes, ainda que somente a título excecional.

Contudo, note-se uma certa ausência de rigor por parte da doutrina que analisa este problema, porquanto muitas vezes insere no âmbito delitual situações que poderão, eventualmente, revestir natureza obrigacional, como é o caso de Philip James, quando refere a situação de “*breach of the employer’s common law duties to his servant*”<sup>2005</sup>, dando como exemplo o caso *Wilsons and Clyde Coal Co., Ltd. v. English*, 1937, em que os proprietários de uma mina foram responsabilizados pelas falhas de um superior no sistema de segurança de trabalho na mina.

VII. Para além deste primeiro pressuposto, a responsabilidade apenas existe se o ato for praticado *in the course of the employment*, isto é, se estiver em

---

<sup>2003</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 328.

<sup>2004</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 329, sublinhando que no segundo caso a empresa A havia contratado B para cavar uma vala, tendo um funcionário de B deixado de iluminar a referida rua, tendo sido responsabilizado A por tal fato. No recurso, o tribunal pareceu modificar um pouco os fundamentos da decisão, passando a apontar para uma culpa própria de A, que deveria ter tomado os cuidados necessários à iluminação da rua.

<sup>2005</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., p. 367.

causa o trabalho para o qual o *servant* foi contratado<sup>2006</sup>. Contudo, o entendimento deste requisito pela jurisprudência é muito amplo, considerando-se que o mesmo se verifica<sup>2007</sup>:

- a) Quando o condutor de um autocarro permitiu a terceiro que conduzisse, violando assim o seu próprio contrato, tendo daí resultado um dano para terceiro;
- b) Quando uma empresa, contratada para construir um esgoto, tem vários trabalhadores, que dispõem de uma hora de intervalo para jantar, na qual estão proibidos de se ausentar do local ou de deixar sozinhos os seus cavalos (o caso data de 1868), sendo que um dos funcionários, em infração daquela regra, foi a casa, com o seu cavalo, o qual danificou a propriedade de um terceiro, tendo-se considerado que o mesmo funcionário atuou *within the course of his employment*.

VIII. Inicialmente verificava-se uma tendência para a responsabilidade ser restrita à esfera laboral<sup>2008</sup>. Os tribunais procuraram ultrapassar este problema através da teoria dos deveres não delegáveis (*non-delegable duties*), nos termos da qual o principal deve responder por atos do comissário independente, extravasando assim a mera relação laboral. A justificação para esta responsabilidade encontra-se não na procura do culpado pelo dano, mas antes na identificação da pessoa que deve correr o risco da verificação de certo dano<sup>2009</sup>.

Destarte, sempre que se estivesse diante do incumprimento de um *statutory duty*, entendia-se que o obrigado não ficava exonerado se atribuisse o

---

<sup>2006</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., p. 358.

<sup>2007</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., pp. 359 e 360.

<sup>2008</sup> Chamando a atenção para este ponto, JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 53.

<sup>2009</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 333, sublinhando que esta responsabilização atende a critérios de justiça, já que é o principal que beneficia com a atividade do auxiliar independente, bem como encoraja à contratação de auxiliares competentes, o que é de interesse público.

cumprimento do mesmo a um terceiro independente<sup>2010</sup>. Destacam-se os seguintes casos:

- a) *Hole v. Sittingbourne & Sheerness Rly. Co.*: a empresa A foi autorizada pelo Parlamento a construir uma ponte num rio navegável, com o dever de não impedir a passagem de navios por mais tempo do que o necessário para aquela tarefa. A empresa A subcontratou outra empresa para a construção da ponte, a qual, por apresentar defeitos na construção, não abriu quando estava concluída, levando a que um certo navio ficasse retido durante três dias, tendo o tribunal considerado que A respondia pelos danos: “If A contracts to do a certain thing he is liable if that thing is not done, and it is no excuse to say that he has delegated its performance to an independent contractor”<sup>2011</sup>. Este caso parece retratar um problema de responsabilidade obrigacional, sendo que o obrigado recorreu a um terceiro para o cumprimento, tendo por isso de responder pelos danos decorrentes da atuação desse terceiro.
- b) *Gray v. Pullen*: um indivíduo foi autorizado, por lei, a construir uma estrada para ligar a sua casa à via principal, o qual contratou uma empresa para esse efeito, que atuou negligentemente, levando a que um terceiro que usava a auto-estrada ficasse lesado. O proprietário da casa foi responsabilizado, porquanto sobre si impendia o dever de realizar a obra corretamente.
- c) *Tarry v. Ashton*: o arrendatário de uma casa que tinha pesadas e grandes lâmpadas no exterior e que pendiam sobre uma auto-estrada contratou uma empresa para fazer uma reparação numa lâmpada, a qual agiu com negligência, vindo aquela a cair sobre um terceiro.

---

<sup>2010</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 329.

<sup>2011</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 329 e 330.

Neste caso, o arrendatário foi responsabilizado mas com base num dever diferente, que foi o dever de não criar perigo para a via pública<sup>2012</sup>.

IX. Assinala-se que a teoria dos deveres não delegáveis não diferencia a responsabilidade consoante a natureza do dever. Destarte, quer se trate de um dever com origem legal, quer se trate de um dever contratual, haverá sempre responsabilidade.

Sobre esta questão, porém, Atiyah adota uma postura crítica, afirmando que a diferença existirá quando se trate de um dever específico, em contrapartida de um dever genérico de cuidado. Com efeito, no primeiro caso, ou seja, de *statutory duties*, entre os quais encontramos os deveres contratuais, trata-se geralmente de deveres positivos, enquanto os segundos são, por regra, deveres que não impõem a realização de uma tarefa específica e concreta, mas antes a tomada geral de cuidados para evitar lesar outrem<sup>2013</sup>.

Note-se ainda que a extensão da responsabilidade por fato de outrem a certos casos de contratados independentes teve em conta um *argumento preponderante de justiça*: seria injusto que uma empresa respondesse pelos danos causados a terceiro em consequência de uma atividade levada a cabo por um trabalhador seu e outra, que optasse por subcontratar, não fosse responsável. Até porque isso constituiria um incentivo à contratação de independentes, a acrescer às demais “desvantagens” da relação laboral<sup>2014</sup>. Assim, a teoria dos deveres não delegáveis acaba por ser uma forma de afirmar a responsabilidade por fato de outrem, inclusivamente de um auxiliar independente, em situações em que existe uma obrigação<sup>2015</sup>.

Porém, autores como Atiyah mostram-se profundamente críticos em relação à teoria dos deveres não delegáveis, considerando que, em bom rigor,

---

<sup>2012</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 330.

<sup>2013</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 332.

<sup>2014</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 334.

<sup>2015</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 338.

nenhum dever é suscetível de delegação: o que pode acontecer é que a sua execução seja levada a cabo por outra pessoa que não o obrigado<sup>2016</sup>.

X. Para que haja responsabilidade por fato de outrem, é necessário que o terceiro tenha sido introduzido pelo agente. Ou seja, o terceiro tem de ter sido *contratado* pela pessoa que será, *a posteriori*, responsabilizada. De modo que não haverá responsabilidade onde não exista esta relação, como por exemplo se verificou no caso *Davie v. New Merton Board Mills, Ltd.*: o trabalhador lesionou-se devido a uma ferramenta que apresentava defeito mas que fora adquirida a uma empresa com reputação no mercado. Na ausência de qualquer relação entre o empregador e a empresa fabricante, este não responde pelo fato desta<sup>2017</sup>.

XI. Um grupo importante de casos analisados pela jurisprudência anglo-saxónica do século XIX refere-se aos danos causados a passageiros transportados, por descuido de um subcontratado do transportador<sup>2018</sup>.

Exemplo foi o caso *Davie*: uma companhia de caminhos-de-ferro contratada para transportar passageiros foi considerada responsável pela negligência de uma outra empresa, a quem incumbiu de realizar o transporte. Argumentou-se que “*the contracting carrier had delegated the task of so carrying the passenger*”<sup>2019</sup>.

XII. Para além dos trabalhadores subordinados (*servants*) e dos independentes (*independent contractor*), a doutrina anglo-saxónica analisa ainda uma terceira categoria, correspondente aos *agents*. Este conceito aplica-se aos casos em que uma pessoa é titular de um direito especial, decorrente da lei ou de um contrato, donde resulta que tal pessoa é responsável “*for the proper*

---

<sup>2016</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 346: “*What is delegated is a task, the performance of which is prima facie required by the duty in question.*”.

<sup>2017</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 340 e 341.

<sup>2018</sup> Sobre o tema, cf. PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 345 e seguintes.

<sup>2019</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 345.



*exercise of it, if he delegates the work to another”, sendo que, nessa hipótese, o terceiro é considerado agente*<sup>2020</sup>.

XIII. A este respeito, veja-se também o Artigo 7.03(2) *Restatement (Third) of the Law of Agency* (EUA), nos termos do qual:

(1) *A principal is subject to direct liability to a thirs party harmed by an agent’s conduct when*

a. *as stated in § 7.04, the agente acts with actual authority or the principal ratifies the agent’s conduct and*

i. *the agent’s conduct is tortious, or*

ii. *the agent’s conduct, if that of the principal, would subject the principal to tort liability; or*

b. *as stated in § 7.05, the principal is negligent in selecting, supervising, or otherwise controlling the agent; or*

c. *as stated in § 7.06, the principal delegates performance of a duty to use care to protect other persons or their property to an agent who fails to perform the duty.*

(2) *A principal is subject to vicarious liability to a third party harmed by an agent’s conduct when*

a. *as stated in § 7.07, the agent is an employee who commits a tort while acting within the scope of employment; or*

b. *as stated in § 7.08, the agent commits a tort when acting with apparent authority in dealing with a third party on or purportedly on behalf of the principal.*

De acordo com este regime, há *responsabilidade direta* do principal, nos seguintes termos:

a) O principal responde pela atuação do agente quando este atua com vontade do principal ou quando este último ratifica a atuação daquele, sendo que:

a. A conduta do agente é ilícita ou

---

<sup>2020</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 347.

- b. A conduta do agente, se fosse praticada pelo principal, sujeitá-lo-ia a responsabilidade;
- b) O principal também responde, mas por culpa própria, quando selecionou, supervisionou ou vigiou inadequadamente o agente;
- c) O principal responde igualmente se tiver atribuído a outrem o desempenho do dever de cuidado em relação a outras pessoas e se aquele não tiver cumprido tal tarefa.

Em contrapartida, haverá *responsabilidade vicária* se se preencherem as seguintes condições:

- a) Quando um terceiro seja lesado com a conduta do agente;
- b) O agente seja dependente do principal e cometa o ilícito no exercício das suas funções ou, em alternativa, quando atue aparentando estar sob a autoridade do principal, ou o faça supostamente em nome do principal.

### Responsabilidade obrigacional

I. No Direito anglo-saxónico não existe uma preocupação com a verificação ou não de um fato ilícito e culposo por parte do devedor. Ocorrendo, simplesmente, o *breach of contract*, o credor terá direito a exigir a indemnização<sup>2021</sup>. Contudo, a doutrina reconhece que nem sempre é fácil a destrição entre a responsabilidade por um *breach of contracts* e por um *tort*<sup>2022</sup>.

II. Em princípio, *qui facit per alium, facit per se*, ou seja, o patrão responde pelos atos dos seus empregados e auxiliares, numa lógica de *respondeat superior*<sup>2023</sup>.

---

<sup>2021</sup> JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, ob. cit., p. 2186.

<sup>2022</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 360: "There are many circumstances in which one person is under a contractual duty to take due care, but in which the liability for failing to take due care has traditionally been treated as though it were a liability purely in tort."

<sup>2023</sup> Assim também ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 271.

Todavia, de acordo com Atiyah, certas obrigações contratuais são tão *strict* que a sua não execução constituirá, inevitavelmente, um incumprimento do contrato, qualquer que seja a razão para essa inexecução<sup>2024</sup>. Considera que, em tal caso, haverá responsabilidade obrigacional, mas não se poderá considerar uma responsabilidade por fato de outrem. O exemplo avançado é o da obrigação de pagar determinado montante numa certa data.

Este entendimento afigura-se, no entanto, discutível. Se a obrigação não for cumprida, por hipótese, porque o dinheiro foi *desviado* pelo auxiliar, parece ter de ser afirmada a responsabilidade por fato de outrem, ou seja, por fato do auxiliar. Deste modo, a caracterização da responsabilidade por fato de outrem não deve depender do tipo de obrigação, nem do seu objeto, mas antes da introdução, pelo devedor, de um auxiliar de cumprimento.

III. Em contrapartida, não parece que se possa afirmar a responsabilidade obrigacional por fato de outrem no caso de responsabilidade profissional por conselhos. Assim, p.ex. quando um médico encaminha um paciente para um especialista e depois aconselha um tratamento ao paciente, no seguimento da opinião desse especialista<sup>2025</sup>, não parece que haja responsabilidade do médico pelo conselho dado pelo especialista.

IV. A responsabilidade obrigacional por fato de outrem assume particular relevância no caso da obrigação de transporte. Originariamente, conheciam-se três categorias<sup>2026</sup>:

- a) Transportadores comuns;
- b) Transportadores marítimos;
- c) Transportadores terrestres.

Porém, a primeira categoria cedo deixou de ter autonomia, tendo sido eliminada com a aprovação do *Carriage of Goods by Sea Act, 1924*. A Convenção de Bruxelas de 1924 assumiu uma especial importância para o tema que nos

---

<sup>2024</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 360.

<sup>2025</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., pp. 360 e 361.

<sup>2026</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 361.

ocupa, na medida em que substituiu a obrigação absoluta de garantir a navegabilidade do navio, pelo dever de diligência em relação a tal navegabilidade.

Ainda assim, os transportadores respondem não apenas pela sua própria culpa ou negligência, como também pela atuação daqueles que contratarem, ainda que se trate de contratados independentes<sup>2027</sup>. Contudo, *não se trata de um qualquer non delegable duty, mas antes de responsabilidade por fato de outrem*, concretamente pela atuação de alguém a quem se confiou a execução de uma tarefa relacionada com a obrigação de transporte e contanto que tal pessoa tenha atuado *in the course of his employment*<sup>2028</sup>. Contudo, na medida em que a CB 1924 admite a exoneração em caso de culpa náutica, acaba por constituir uma importante exceção ao regime da responsabilidade do devedor pelos atos dos seus prepostos<sup>2029</sup>.

V. Este tema adquire também um contorno especial no âmbito das relações laborais, no que concerne às obrigações do empregador (*master*) em relação aos trabalhadores (*servants*), porquanto igualmente aqui a lei impõe ao empregador *strict obligations*, isto é, pelas quais este responde ainda que tenha atuado sem culpa. Veja-se, neste sentido, os *Workman's Compensation Acts, 1897-1925*.

De acordo com a *doctrine of common employment*, os tribunais impuseram aos empregadores certos deveres considerados *personais* e, por conseguinte, *não delegáveis*, quais fossem o dever de providenciar por uma equipa competente, um local de trabalho e equipamento seguros e um sistema de trabalho

---

<sup>2027</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 361.

<sup>2028</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 362.

<sup>2029</sup> A exoneração do transportador em caso de culpa náutica, isto é, danos decorrentes de atos, negligência ou falta do capitão, mestre, piloto, ou empregado do armador na navegação ou na administração do navio, constitui, nas palavras de HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na Convenção de Bruxelas de 1924*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 78 e 79, um regime “construído ao arrempo do regime civil, onde o devedor é responsável pela actuação de todos aqueles a que recorre para cumprir a obrigação a que está adstricto, conforme se pode verificar, no ordenamento jurídico português, no disposto no art. 800.º CC. Tal facto explica-se atendendo, por um lado, ao risco que é inerente a toda a expedição marítima e, por outro lado, à necessidade de intermediar os interesses conflituantes de carregadores e de transportadores”. Cf. também MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, Coimbra, Almedina, 2010.

seguro<sup>2030</sup> <sup>2031</sup>. Assim, ocorrendo dano em algum trabalhador, decorrente de falha num destes deveres, o empregador seria responsabilizado, ainda que essa falha fosse consequência de um ato de outro trabalhador ou de um superior hierárquico.

O *leading case* que conduziu a esta tese foi o caso *Wilsons & Clyde Coal Co., Ltd. v. English*, em que os proprietários de uma mina foram responsabilizados pelas falhas de um superior no sistema de segurança de trabalho na mina.

No caso *Macdonald v. Wyllie & Son*, julgado na Escócia, um trabalhador ficou ferido pela queda de um andaime, o qual tinha sido colocado por uma empresa independente do empregador e contratada para esse efeito.

Esta doutrina viu o seu termo em 1948, com a aprovação da *Law Reform (personal injuries) Act 1948*.

VI. Um caso pioneiro foi o caso *Rylands v. Fletcher*, em que se apreciou a seguinte situação: o Sr. Rylands e o seu sócio eram proprietários de um moinho, que pretendiam guarnecer com um reservatório de água. Para esse efeito, contrataram um engenheiro competente, responsável pela construção do reservatório, o qual por sua vez recorreu a empregados. Durante os trabalhos, foram encontrados poços antigos, que o contratante não conseguiu cobrir devidamente, de forma que, quando foi colocada a água no reservatório, a água percorreu aqueles poços e inundou o terreno do vizinho, Sr. Fletcher. Este, contudo, não conseguiu demonstrar a culpa do contratante, mas, ainda assim, o tribunal considerou, por unanimidade, que havia responsabilidade objetiva, *without proof of negligence*<sup>2032</sup> <sup>2033</sup>. A previsibilidade do dano foi um critério essencial para chegar a esta conclusão<sup>2034</sup>.

---

<sup>2030</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 362.

<sup>2031</sup> Cf. também M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., pp. 217 e seguintes.

<sup>2032</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., p. 128.

<sup>2033</sup> Sobre este caso, cf. também GARY T. SCHWARTZ, *Rylands v Fletcher, Negligence, and Strict Liability*, em AAVV, *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 209, pp. 210 e seguintes.

<sup>2034</sup> Cf. GARY T. SCHWARTZ, *Rylands v Fletcher, Negligence*, ob. cit., p. 212.

Schwartz salienta um aspeto normalmente pouco referido a propósito deste caso: demandante e demandado não eram proprietários dos terrenos, mas antes arrendatários – *lessee* – do mesmo proprietário. Ainda assim, a ação foi intentada contra o locatário, e não contra o locador<sup>2035</sup>.

Contudo, segundo alguma doutrina, depois deste caso a maioria das situações semelhantes acabaram por ser “*covered by the law of negligence and vicarious liability*”<sup>2036</sup>. Esta recondução à responsabilidade vicária afigura-se adequada, porquanto o contratante, de fato, responde pelos atos dos seus contratados. No entanto, o demandado aqui não era o contratante / empreiteiro, propriamente dito, mas antes o locatário do terreno<sup>2037</sup>.

A responsabilidade aqui era objetiva e, segundo a doutrina, suscetível de ser alargada a outros âmbitos<sup>2038</sup>.

De acordo com Schwartz<sup>2039</sup>:

- a) A responsabilidade sem culpa é a solução adequada quando o agente, deliberadamente, levou a cabo uma atividade perigosa, em que era previsível a produção do dano, desde que tal conduta seja a causa exclusiva do dano;
- b) Não deve ser afirmada esta responsabilidade quando o lesado contribuiu de alguma forma para o dano: seria este o caso, em que o lesado também contribuiu para a inundação, ao realizar escavações;
- c) A previsibilidade tem de ser exigida para este tipo de responsabilidade.

## VII. O problema coloca-se igualmente no contrato de depósito (*bailee*):

---

<sup>2035</sup> Cf. GARY T. SCHWARTZ, *Rylands v Fletcher, Negligence*, ob. cit., p. 226, sublinhando que o demandante alegou que ele e o demandado eram totalmente estranhos, o que teria como objetivo, a seu ver, legitimar a construção do reservatório perante o senhorio.

<sup>2036</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., p. 132.

<sup>2037</sup> Assim, GARY T. SCHWARTZ, *Rylands v Fletcher, Negligence*, ob. cit., p. 232.

<sup>2038</sup> GARY T. SCHWARTZ, *Rylands v Fletcher, Negligence*, ob. cit., p. 236, assinala que este caso seguiu-se a dois grandes desastres, que originaram centenas de mortes, considerando que a solução dada a este caso pode ser estendida a todas as atividades potencialmente perigosas desenvolvidas pelas empresas modernas.

<sup>2039</sup> Cf. GARY T. SCHWARTZ, *Rylands v Fletcher, Negligence*, ob. cit., p. 239.

- a) No caso *Stewart v. Reavell's Garage, Ltd.*, um depositário foi responsabilizado pela negligência de um subdepositário em quem delegou uma parte do trabalho<sup>2040</sup>.
- b) No caso *Morris v. Martin & Sons, Ltd.*, o depositário foi responsabilizado pelo furto da coisa por parte de um empregado, tendo a decisão invocado a existência de um dever não delegável *to take care of goods*.

A este respeito, é ainda curioso notar que se entende que, em caso de depósito gratuito, a responsabilidade, a existir, será de natureza delitual e não obrigacional<sup>2041</sup>.

VIII. Quanto à responsabilidade dos locatários (*tenants*), sobre os quais impende o dever de cuidado em relação ao objeto locado, a jurisprudência anglo-saxónica não se pronuncia<sup>2042</sup>.

IX. Uma outra questão é a de saber se o empregador deve responder pelos atos causados por um dos seus trabalhadores a outro trabalhador.

Tradicionalmente, nos ordenamentos anglo-saxónicos, vigorava a *fellow servant rule*, nos termos da qual inexistia responsabilidade do empregador. Contudo, através da doutrina dos *deveres não delegáveis*, tem vindo a entender-se que o empregador deve assegurar aos seus trabalhadores que não vai haver danos causados por outros trabalhadores, no exercício da sua atividade<sup>2043</sup>.

Por outro lado, coloca-se a questão da responsabilidade do empregador pelos fatos praticados por trabalhadores cedidos a terceiros (*borrowed employees*). O problema centra-se em determinar se quem deve responder é o empresário

---

<sup>2040</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 365, salientando, todavia, que o caso parece consubstanciar uma responsabilidade pessoal e não por fato de outrem.

<sup>2041</sup> Assim, cf. PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 366: “It is true that a gratuitous bailee is (by definition) under no contractual obligation”, ainda que pareça considerar que existirão deveres, embora se trate de *consensual duty*.

<sup>2042</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 367, referindo, no entanto, uma decisão canadiana, nos termos da qual os locatários não respondem pela negligência de um contratado independente.

<sup>2043</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 56.

cedente, ou o cessionário. Em Inglaterra, entende-se que responde o cedente, a menos que este demonstre que transmitiu totalmente ao cessionário o poder de controlo do trabalhador<sup>2044</sup>.

X. O problema de saber se o dano foi causado no cumprimento da obrigação ou não tem igualmente sido objeto de análise pelos tribunais.

No acórdão *Century Insurance V. Northern Ireland Road Transport Board* (1942), foi analisado um caso em que um condutor de um camião de transporte de petróleo descarregava o produto num tanque, situado na garagem do cliente, sendo que, durante a operação de descarga, acendeu um cigarro e lançou a cinza para o solo, incumprindo as instruções do empresário, o que provocou uma explosão, danificando as instalações do cliente<sup>2045</sup>. O Tribunal considerou que o trabalhador estava a atuar no âmbito das suas funções, tendo concluído pela responsabilidade da empresa, apesar de o ato de acender o cigarro não estar, em si mesmo, conectado com a função de motorista. Por isso, o empregador foi responsabilizado pelos danos resultantes da explosão.

Contudo, note-se que este caso é indicado como um exemplo de responsabilidade extracontratual<sup>2046</sup>. O mesmo acontece a propósito de um outro caso enunciado por este autor, referente a um pintor, contratado para pintar a cozinha de uma casa, que abusou sexualmente de uma empregada, tendo o tribunal exonerado o principal de qualquer responsabilidade<sup>2047</sup>.

XI. No caso *Court of Appeal Maga V. Trustees of the Birmingham Archdiocese*, a diocese foi condenada, a título objetivo, pelos abusos sexuais cometidos por um padre em relação a um menor, no domicílio do padre, considerando que estava em causa uma conexão com os seus deveres enquanto pároco. Acresce que a diocese teria um especial *dever de cuidado* em relação aos menores que

---

<sup>2044</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 74.

<sup>2045</sup> Sobre este caso, cf. AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 137.

<sup>2046</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, p. 96, n.r. 134.

<sup>2047</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 130, n.r. 137.



tivessem contato com os seus párocos. Neste caso, o fato foi praticado fora do tempo e do local de trabalho.

XII. Situação diversa foi a decidida no caso *Heasmans v. Clarity Cleaning*, onde já nos parece estar efetivamente em causa um problema obrigacional. O tribunal recusou a responsabilidade da empresa pelas chamadas internacionais, realizadas pela funcionária, nas instalações da empresa cliente, por entender que não existia uma conexão suficiente, mas um mero aproveitamento da oportunidade, no âmbito do exercício das suas funções.

Contudo, como Feliu assinala, a jurisprudência inglesa tem vindo a alargar o entendimento da responsabilidade do principal, de que constitui exemplo a responsabilização dos titulares de centros de internamento ou de proteção de menores, em caso de abuso sexual cometido por um trabalhador do centro<sup>2048</sup>.

XIII. Por seu turno, no caso *Mattis v. Pollock*, o porteiro de um conhecido clube noturno londrino, depois de uma violenta disputa com um cliente, dirigiu-se a sua casa e regressou ao clube com uma faca, com a qual apunhalou outro cliente, que se encontrava na rua, perto do local.

Ficou provado que o porteiro foi contratado com o objetivo de manter a ordem e incentivado a cumprir as suas obrigações de forma agressiva e intimidatória. Segundo o tribunal, estas orientações aumentaram a hipótese de exercício violento das suas funções, pelo que haveria uma relação de proximidade suficiente para responsabilizar o comitente.

XIV. A título complementar, refira-se que, nos Estados Unidos, o *Restatement (Third) of the Law of Agency* estabelece, nos artigos 2.03 e 7.08, a doutrina da aparência: o principal responde, desde que a atuação do auxiliar aparente ser realizada dentro de uma autorização concedida pelo principal ao agente e os terceiros confiem razoavelmente nessa aparência.

---

<sup>2048</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 113.

Por conseguinte, deve existir uma crença razoável, da parte do terceiro, de que o auxiliar atuava no limite das suas funções, devendo essa crença emanar de uma conduta do principal<sup>2049</sup>.

XV. Ainda nos EUA, é admitida a responsabilidade por defeito de organização (*Enterprise Liability*). Trata-se de um modelo de responsabilidade objetiva do empresário por defeitos na organização<sup>2050</sup>.

Estranhamente, é qualificada como responsabilidade objetiva uma situação em que, aparentemente, existe um defeito, logo culpa, na organização. Todavia, a culpa na organização não se afigura causa adequada para o dano, daí a recondução à responsabilidade objetiva.

Esta doutrina surgiu como reação à defesa dos empregadores, com vista à exclusão da sua responsabilidade em caso de acidente de trabalho, impondo um sistema de responsabilidade objetiva com seguro obrigatório, com base na ideia de que quem recebe os benefícios de uma atividade deve igualmente suportar os respetivos riscos.

A tese assumiu relevância desde logo no campo da responsabilidade por produtos defeituosos, destacando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal da Califórnia e de New Jersey da segunda metade do século XX.

Assim, entende-se neste âmbito que o produtor deve responder pela existência do defeito, a título objetivo. Basta, assim, a mera prova da existência do defeito, não sendo necessário provar a origem deste.

---

<sup>2049</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 125, salientando que, noutros países, se admite que a crença resulte apenas da atuação fraudulenta do próprio auxiliar.

<sup>2050</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., pp. 155 e seguintes.

## II – O ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL DO DEVEDOR POR FATO DE OUTREM NO DIREITO PORTUGUÊS

### A – CARACTERIZAÇÃO

#### Configuração do regime

I. O Código Civil Português de 1966<sup>2051</sup> insere-se na linha tradicional da consagração da responsabilidade subjetiva como regime regra<sup>2052</sup>. Isto é assim não obstante algumas vozes na doutrina sustentarem a necessidade de uma reforma, ou, pelo menos, revisão dos pressupostos da responsabilidade civil<sup>2053</sup> <sup>2054</sup>.

Neste sentido aponta, desde logo, o n.º 2 do artigo 483.º CC, ao estabelecer que os casos em que existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa se encontram especificados na lei.

II. A excecionalidade da responsabilidade objetiva não é alheia ao fato de o agente não praticar uma conduta contrária à lei. Antes pelo contrário, ele exerce uma atividade perfeitamente lícita, pese embora, nalguns casos, do seu exercício possam decorrer certos riscos ou perigos<sup>2055</sup>.

Não obstante, esta excecionalidade tende a ser posta em causa perante o aparecimento de sucessivos casos de responsabilidade sem culpa, tanto no próprio Código Civil, como em legislação avulsa.

---

<sup>2051</sup> Sobre a Reforma instituída através do Código Vaz Serra, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., pp. 37 e seguintes. O Autor realça que, através deste Código, se procedeu à receção, em sentido técnico, do pandectismo. Cf. também MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 227 e seguintes.

<sup>2052</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 23, justificando esta opção do legislador devido ao “carácter fortemente penalizador, do ponto de vista patrimonial, que a responsabilidade objectiva representa para aquele que nela incorre”.

<sup>2053</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 398.

<sup>2054</sup> Também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 527.

<sup>2055</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 23.

Por outro lado, tal como Almeida Costa assinala, encontram-se na evolução da responsabilidade civil, duas notas importantes<sup>2056</sup>:

- a) Por um lado, o enorme desenvolvimento dos sistemas de responsabilidade civil;
- b) Por outro, a concorrência de sistemas de reparação coletiva, como o seguro e a segurança social.

III. O Código Civil Português contempla um conjunto de disposições em que um dano é suportado por determinada pessoa, sem que haja uma conduta culposa ou censurável da sua parte. São esses casos que iremos de seguida referir, numa lógica de demarcação em face do regime da responsabilidade obrigacional por fato de outrem.

---

<sup>2056</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 527.

## Delimitação negativa

### *Impossibilidade da prestação por fato não imputável ao devedor*

I. Em princípio, quando a prestação se torna impossível, por fato não respeitante ao devedor, verifica-se impossibilidade superveniente, conduzindo à extinção da obrigação – artigo 790.º CC<sup>2057</sup> <sup>2058</sup>. Em face da presunção de culpa constante do art. 799.º/1 do CC, é ao devedor que compete demonstrar que a impossibilidade não lhe é imputável<sup>2059</sup>.

Pode afirmar-se que o caso fortuito<sup>2060</sup> constitui uma forma de exoneração da responsabilidade do devedor, sendo que este apenas responde pelo mesmo quando as partes assim o tenham convencionado ou quando seja a lei a impor essa responsabilidade, normalmente no interesse do comércio ou da boa fé de terceiros<sup>2061</sup>.

---

<sup>2057</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 179 e seguintes.

<sup>2058</sup> Sobre o tema, cf.: PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 42 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 121 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, Volume I. – O contrato-promessa nas Reformas de 1980 e de 1986. – O cumprimento e o não cumprimento das obrigações. – Problemas de Direitos reais, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 102 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 297 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 1074 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 62 e 63 e ainda pp. 65 e seguintes; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., pp. 525 e seguintes; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., pp. 342 e seguintes. No domínio laboral, cf. ainda DIAS LOBO, *Responsabilidade objectiva do empregador por inactividade temporária devida a perigo de lesão à vida e saúde do trabalhador*, Coimbra, Coimbra editora, 1985, pp. 99 e seguintes, apesar de reconduzir esta situação ao que qualifica como *responsabilidade objectiva*. Cf. também, com interesse, GIUSEPPE OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, em *Rivista di Diritto Civile*, Ano X, 1918, pp. 313 e seguintes. O Autor assinala, a p. 319, que a impossibilidade decorrente de uma atuação de um terceiro, estranho ao devedor, dá origem a uma situação de verdadeira impossibilidade objetiva.

<sup>2059</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., p. 182.

<sup>2060</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, Nona edizione, Volume Terzo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, p. 305, identifica o caso fortuito com uma de três situações: *eventi naturali*, *il fatto del creditore* ou *factum principis*, ossia un provvedimento del potere sovrano, o dell'autorità amministrativa.

<sup>2061</sup> LUDOVICO BARASSI, *Le Obbligazioni. Con speciale riguardo ai contratti*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1934, p. 405.

II. Em regra, se a prestação se impossibilitar em virtude de atuação de um terceiro, ocorre impossibilidade superveniente e, em consequência disso, a extinção do dever de prestar e a liberação do devedor. Para que tal se verifique é necessário que o devedor não tenha ele mesmo provocado o incidente que deu origem à inexecução da prestação<sup>2062</sup>. Este regime é o que resulta da articulação entre os artigos 790.º e seguintes e 798.º e seguintes do CC.

III. Com o caso fortuito<sup>2063</sup> ora referido não se confunde a não realização da prestação decorrente da intervenção de um terceiro *ligado ao devedor*, que este voluntariamente introduz no esquema obrigacional. Neste ponto, a lei equipara o incumprimento à impossibilidade de cumprimento por causa imputável ao devedor, que pode decorrer tanto de um ato doloso, como de mera culpa<sup>2064</sup>. Assim, a prestação também se pode tornar impossível devido a fato de uma pessoa que *atua pelo devedor*, caso em que este igualmente responde<sup>2065</sup>, não se aplicando então o art. 790.º CC.

Por conseguinte, a extinção da obrigação nos termos do art. 790.º CC pressupõe que o terceiro não seja auxiliar do devedor: *“há a distinguir os terceiros que nada têm a ver com a obrigação, daqueles que são chamados a colaborar no cumprimento, quer como auxiliares do devedor, quer como auxiliares do credor”*<sup>2066</sup>. Isto porque de fato o devedor responde pela atuação dos terceiros aos quais recorreu para o cumprimento. Neste sentido, o regime jurídico português

---

<sup>2062</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome II, ob. cit., p. 556, onde acrescentam: *“Ainsil’Etat allemande, qui avait ordonné dans un but politique la grève des cheminots en Rhénanie en 1923, n’a pas pu se prévaloir de cette grève pour être exonéré de ses obligations de transporteur.”*

<sup>2063</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 231, não concretizando se se trata de caso fortuito ou de força maior, antes mencionando as duas situações.

<sup>2064</sup> Neste sentido, cf. FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., 1947, p. 314.

<sup>2065</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 315: *“la prestazione in sè possibile – e come tale, suscettibile di adempimento – diviene impossibile, per il fatto – efficiente – del debitore (o di chi per lui)”*. Cf. ainda, a páginas 321: *“Può incorrersi nella colpa contrattuale, non soltanto per fatto proprio, ma, altresì per fatto (illegito: doloso, o colposo) delle persone, delle quali si valga nell’adempire (coadiutori)”*.

<sup>2066</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 515.

aproxima-se do estabelecido em França, onde a doutrina diverge acerca do significado da expressão *causa exterior*, contida no artigo 1147.º do CCF: enquanto uns defendem que se trata de um evento externo à pessoa do devedor, outros preferem reconduzi-la a um evento que não seja imputável ao devedor<sup>2067</sup>.

IV. A não execução da prestação faz o devedor incorrer em responsabilidade obrigacional, para o que a lei presume a sua culpa, no artigo 799.º do CC. Se o devedor não tiver culpa, compete-lhe demonstrar que o resultado foi a consequência de uma causa, que terá de ser estranha ao próprio devedor<sup>2068</sup>. Se assim não acontecer, a lei presume “*que la carence du débiteur est causée par une faute de sa part (ou par la faute d’une personne dont il répond ou le vice d’une chose dont il répond également)*”<sup>2069</sup>.

Porém, se a inexecução derivar de um terceiro com uma relação especial com o devedor, nomeadamente um auxiliar deste, cabe-lhe a responsabilidade pelo incumprimento. Por isso, “*Jamais le débiteur ne pourra invoquer comme cause d’exonération, comme cause étrangère, une défaillance des personnes ou du matériel qu’il emploie à l’exécution du contrat. Reconnaître ce principe n’est d’ailleurs pas admettre la théorie du risque. C’est reconnaître, dans une certaine mesure, que notre droit n’est plus seulement personnel, mais qu’il est aussi institutionnel, et que la plupart des contrats mettent aujourd’hui en cause des entreprises industrielles ou commerciales. C’est reconnaître aussi que les parties à un contrat assument chacune*

---

<sup>2067</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome II, ob. cit., p. 557, optando pela segunda hipótese.

<sup>2068</sup> No mesmo sentido, no Direito francês, cf. HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome II, Cinquième édition, Paris, Montchrestien, 1958, p. 417. Segundo o artigo 1147.º do CCF: “*Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part*”. O artigo seguinte refere ainda que “*Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*”. Assim, para que o devedor possa ser exonerado, a inexecução deverá provir de uma causa estranha ao próprio devedor, no sentido de que não lhe possa ser imputada.

<sup>2069</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome II, ob. cit., p. 421.

*une certaine «sphère de responsabilités» et que, aussi bien en vue d'éviter des contestations sans fin qu'en vue de leur donner intérêt à une plus grande diligence, il faut rendre chacune responsable de ses préposés, même choisis soigneusement et surveillés attentivement”*<sup>2070</sup>.

VI. As observações anteriores conduzem à seguinte conclusão: é necessário distinguir entre:

- a) *Terceiros estranhos*;
- b) Terceiros chamados pelo devedor a colaborar no cumprimento<sup>2071</sup>.

Note-se que os terceiros chamados a colaborar tanto podem auxiliar o devedor como o credor<sup>2072</sup>. No entanto, para que a impossibilidade superveniente seja liberatória, é necessário que seja estranha à pessoa do devedor<sup>2073</sup>. Ou seja, é necessário que o fato do terceiro não seja imputável ao próprio devedor<sup>2074</sup>. Ao invés, o devedor responde pelos atos dos terceiros que lhe não são estranhos, designadamente as crianças, os aprendizes e os prepostos, e, tratando-se de responsabilidade obrigacional, as “*personnes que le débiteur a charges d'exécuter à sa place et dont il est, de ce fait, responsable*”<sup>2075</sup>.

Concluindo, apenas a inexecução da obrigação devido a ato de terceiro estranho à mesma, sendo tal ato imprevisível e inevitável para o devedor, é que é equiparada ao fato fortuito ou de força maior, exonerando o devedor<sup>2076</sup>.

---

<sup>2070</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, ob. cit., pp. 558 e 559.

<sup>2071</sup> Assim também FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 306, onde refere que, “*accanto al significato generico di caso fortuito e di forza maggiore, che consiste nel fatto (negativo) di assenza di colpa, ve ne ha (...) un altro specifico e peculiare, positivo, estraneo al comportamento del debitore*”.

<sup>2072</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 134.

<sup>2073</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 656.

<sup>2074</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, ob. cit., p. 619.

<sup>2075</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, ob. cit., p. 619.

<sup>2076</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 135.



VII. Também Ferrara se pronuncia no sentido de que, quando a causa que originou a impossibilidade da prestação, não for estranha ao devedor, não se pode falar em caso fortuito<sup>2077</sup>. Das duas uma: ou o impedimento à realização da prestação é imputável ao devedor, ou é dele independente. Assim, sustenta uma orientação objetiva acerca do conceito de caso fortuito: não basta a não culpabilidade do devedor, é também necessário que o fato lhe seja estranho<sup>2078</sup>. Por seu turno, também no caso de força maior há um duplo critério: “*la provenienza esteriore, la straordinarietà*”<sup>2079</sup>.

VIII. Em Portugal, Pessoa Jorge distinguia, em relação aos auxiliares do devedor, a situação em que *a dependência em relação ao devedor não era referente ao cumprimento da obrigação em causa das situações em que o era*, concluindo que no primeiro caso o devedor não respondia pelo artigo 800.º, o que apenas aconteceria no segundo.

Vejamos o seguinte exemplo: suponha-se que o devedor incumbiu o seu empregado A de realizar a prestação, tendo este sido impedido por outro empregado do mesmo devedor. Para Pessoa Jorge, haveria aqui impossibilidade não imputável ao devedor. Admitia o Autor, todavia, a responsabilização do devedor ao abrigo do artigo 500.º, caso o segundo empregado houvesse atuado no exercício das funções confiadas pelo devedor<sup>2080</sup>.

Como veremos no ponto seguinte, não acompanhamos este entendimento. É certo que um dos pressupostos de aplicação do artigo 800.º é que o devedor tenha introduzido, de forma voluntária, o auxiliar no cumprimento da obrigação. E é igualmente verdade que, no caso apresentado, tal não se verifica, porquanto o devedor não introduziu o auxiliar que, em

---

<sup>2077</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 490.

<sup>2078</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 490 e 491: “*Donde segue che tutti quei fatti, i quali sebbene non colpevoli pure mancano di questa circostanza obbiettiva dell’esteriorità, non sono giuridicamente casi fortuiti, e quindi non liberano l’obligato dalle conseguenze del suo inadempimento*”.

<sup>2079</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 492.

<sup>2080</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 135 e 136.

concreto, impediu a realização da prestação. No entanto, *o devedor efetivamente introduziu aquele auxiliar, embora não lhe tenha dado aquela ordem*. Ou seja, o que nos parece é que o devedor terá de responder, ainda assim, pelo artigo 800.º, porque introduziu o auxiliar, apesar de este não ter cumprido as instruções recebidas, situação que será similar à prevista no n.º 2 do artigo 500.º mas sendo aqui aplicável o art. 800.º/1, por se estar no âmbito obrigacional. Portanto, não nos parece que se possa aqui falar de extinção da obrigação por impossibilidade superveniente, não imputável ao devedor. Antes pelo contrário, será este um dos casos que, a nosso ver, justifica plenamente a responsabilidade objetiva consagrada no art. 800.º/1 do CC.

### O caso da greve

I. Uma situação que importa autonomizar no âmbito da impossibilidade é a referente à *greve*.

Admita-se que, em virtude de uma greve dos trabalhadores da empresa, a prestação não é cumprida atempadamente, causando por isso danos ao credor. Poderá o devedor – empregador – ser responsabilizado contratualmente pelo retardamento da prestação? A questão é por demais relevante, ainda para mais se se tomar em consideração que o recurso à greve tem vindo a assumir proporções consideráveis em resultado do clima de crise económica dos últimos anos<sup>2081</sup>.

A questão que se coloca é a saber em que medida é que uma greve pode constituir caso fortuito, para efeitos de liberação do devedor pela mora ou eventual incumprimento definitivo da realização da prestação. Concretamente, tratando-se de greve dos próprios trabalhadores do devedor, importa saber se tal fato constitui caso fortuito ou se é ainda algo que lhe é imputável e pelo qual responde obrigacionalmente.

Como se sabe, a mora pressupõe que o atraso seja imputável ao devedor, o que, no Direito Português, se presume – artigo 799.º CC. Poderá o devedor

---

<sup>2081</sup> Já assim em 1979, como salienta C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 131.*

elidir a presunção de culpa, demonstrando que a situação de greve não lhe é imputável? A questão tem relevância quer se trate de greve lícita, quer de greve ilícita, dado que, para o credor, em qualquer dos casos o dano irá verificar-se.

Sobre esta questão, o Código Civil Italiano de 1865 declarava, no seu artigo 1644.<sup>o</sup>, que o contratante não ficava exonerado em caso de greve dos seus trabalhadores. Atualmente, porém, não se encontra disposição específica destinada a resolver esta situação, situação idêntica à nacional.

O problema coloca-se com especial acuidade quanto às greves no âmbito da própria empresa devedora. Constituem caso fortuito? Como vimos, para que de caso fortuito se possa, com rigor, falar, é necessário que *o devedor não o pudesse evitar*, adotando o nível de diligência que lhe era exigível.

Essa consideração leva alguma jurisprudência espanhola a concluir que *“la huelga en el propio establecimiento o empresa no será un caso fortuito (...), por tener una causa imputable a aquél, siempre que el conflicto colectivo laboral haya surgido por una resistencia irrazonable del empresario a unas pretensiones laborales justas o razonables”*. Já será um caso fortuito quando a greve seja *“ejercitada en forma anómala, o como respuesta a la no aceptación por aquél de reivindicaciones laborales injustificadas o abusivas”*<sup>2082</sup>.

Este critério afigura-se criticável: como saber se as reivindicações são “justas e razoáveis” ou não? O critério mostra-se muito frágil, atendendo a que o credor fica dependente de considerações, que muitas vezes podem até ser de natureza política e de apreciação subjetiva...

Uma outra tentativa de resolução da doutrina tem sido a de considerar que o devedor apenas responde obrigacionalmente pelos efeitos de uma greve ilícita ou abusiva. Tal exigência decorre da circunstância de ser necessário, segundo esta orientação, que haja culpa do auxiliar, o que apenas ocorreria na greve ilícita. No entanto, esta tese parece ter como consequência ser o terceiro – credor, a suportar os efeitos da greve, e não o empregador.

---

<sup>2082</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 575.

II. A greve é um direito fundamental<sup>2083</sup>, reconhecido a nível nacional, co destaque para o artigo 57.º da CRP e os artigos 530.º e seguintes do CT – e internacional<sup>2084</sup> 2085. No entanto, a perspetiva do legislador ao consagrar este direito é, essencialmente, a perspetiva da relação empregador – trabalhador. Os terceiros apenas são contemplados na questão da prestação dos serviços mínimos, tal como previsto no art. 57.º/3 CRP.

Por outro lado, como já se anunciou, a doutrina estrangeira manifesta sérias dúvidas sobre esta questão.

Em Itália, a regra parece ser a de que o devedor não responde pela greve (*sciopero*) dos seus dependentes, uma vez que este risco não é criado diretamente pelo empregador<sup>2086</sup>, considerando que a decisão de greve, bem como a sua duração, não é algo que possa ser controlado pelo empregador<sup>2087</sup>.

---

<sup>2083</sup> RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *A greve no Direito positivo português*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. VI, 1949, pp. 241 e seguintes.

<sup>2084</sup> A nível internacional, refira-se ainda o art. 8.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que consagra o direito à greve; o artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; e, bem assim, a Convenção n.º 87 da OIT, de 1948, sobre a liberdade sindical, ratificada pelo Estado Português através do Decreto n.º 45/77, de 7 de julho.

<sup>2085</sup> Sobre o tema, cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática básica e princípios gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1997 (reimpressão da edição de 1994), pp. 369 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 542 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 1110 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Greves de maior prejuízo*, em *Revista Jurídica*, Nova Série, N.º 5, Jan./Mar. 1986, pp. 67 e seguintes, e, da mesma Autora, *Lei da Greve Anotada*, Lisboa, LEX, 1994, em especial as pp. 39 e seguintes; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Volume I, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 141 e seguintes, pp. 170 e seguintes. Cf. ainda: PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Greves típicas e atípicas. Estudo sobre a greve e o método tipológico*, Lisboa, 1996, principalmente as pp. 18 e seguintes; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Lisboa, Editorial Verbo, 1983, em especial as pp. 55 e seguintes. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida, Lisboa, Verbo, 2014, pp. 155 e seguintes; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996, pp. 387 e seguintes.

<sup>2086</sup> Assim, veja-se a decisão da *Cassazione* de 18 de junho de 1953, e o comentário de GASTONE COTTINO, *Corte di Cassazione, Sez. II – 18 giugno 1953, n. 1841*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano LII, Parte Seconda, 1954, pp. 91 e seguintes. O Tribunal considerou que não era imputável ao empresário os efeitos decorrentes de uma greve com fins económico-contratuais dos seus dependentes, salvo se o comportamento destes se revelasse como sendo manifestamente culposos. Cf. ainda, sobre o tema, GIUSEPPE PERA, *Scopiero*, em AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Rivendicazione – Separazione, Milão, Giuffrè Editore, 1989, pp. 699 e seguintes.

<sup>2087</sup> LUIGI MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, ob. cit., pp. 1072 e seguintes. Cf. ainda CARLO SMURAGLIA, *Gli effetti dello sciopero e della serrata sulle obbligazioni*

Assim, o devedor apenas responderá pelas consequências da greve caso esta seja imputável à sua culpa mas, em regra, estaremos diante de uma impossibilidade da prestação que não é imputável ao devedor<sup>2088</sup>.

Não obstante, a doutrina procura conciliar este regime com o artigo 1228.º CCI, que estabelece a responsabilidade do devedor pelos atos dolosos e culposos dos seus auxiliares. Nesse sentido, discute-se:

- a) Se uma injustificada resistência do devedor às solicitações dos trabalhadores grevistas não pode ser valorada enquanto impossibilidade culposa da prestação;
- b) Se, sendo a origem da greve um ato ou omissão ilícita do devedor / empregador, e tendo este culpa na situação de impossibilidade superveniente, a situação lhe seria imputável<sup>2089</sup>;
- c) Nos demais casos, a jurisprudência procura determinar o mérito do fundamento da greve, concluindo que a greve económica pode constituir um risco a cargo do devedor, ou um evento que o exime de responsabilidade perante o credor<sup>2090</sup>. Relevante para aferir da eventual culpa do devedor serão ainda os seus esforços para evitar a impossibilidade da prestação, uma vez que, na relação entre credor e devedor, não caberá ao tribunal averiguar da legalidade da greve<sup>2091</sup>.

---

*dell'imprenditore verso i terzi*, em *Rivista di Diritto del Lavoro*, Anno XXI, 1969, pp. 493 e seguintes. Este Autor recusa as teorias habitualmente aplicadas pela jurisprudência para resolver a situação, nomeadamente a ideia de excessiva onerosidade, o recurso à responsabilidade por fato de auxiliares e a impossibilidade superveniente. Antes considera estar em causa um risco da empresa: a greve e os seus efeitos são um risco da empresa, ainda que considere que o empresário fica exonerado pelo menos em caso de greve política.

<sup>2088</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 131: “l'apprezzamento dello sciopero come impossibilità della prestazione conferma che l'impresa del debitore costituisce lo specifico mezzo dell'adempimento: mezzo che, divenuto eventualmente inefficiente, il debitore non è tenuto a sostituire”. Neste sentido, ainda o mesmo Autor, a páginas 468, afirmando que o artigo 1228.º é “inapplicabile allo sciopero”, ainda que apenas no caso de “sciopero legittimo, ponendo a carico del debitore l'ostruzionismo e in genere tutte le ipotesi di sciopero non rientranti nella previsione costituzionale”.

<sup>2089</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 132.

<sup>2090</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., pp. 132 e 133.

<sup>2091</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 133, ainda que sublinhando que

No entanto, este entendimento não é unânime, não faltando autores que se pronunciam noutros termos.

Para Visintini, o artigo 1228.º CCI não se aplica em caso de adesão à greve por parte de auxiliares do devedor, em consequência da qual este fica impedido de cumprir. De acordo com esta perspetiva, tal evento constitui um risco da própria empresa, pelo que, a menos que haja sido acordada uma cláusula de exoneração, compete diretamente ao devedor.

Por sua vez, na perspetiva de Bianca, sendo o direito à greve um direito fundamental, e, não podendo, nessa medida, o seu exercício ser considerado um fato doloso ou culposos, não é de aplicar a responsabilidade do devedor por fato de outrem<sup>2092</sup>.

Para Betti, será necessário aferir caso a caso e concluir que há uma impossibilidade superveniente da prestação quando *“si tratta di lavori che non potevano essere eseguiti se non in quella oficina di cui lo sciopero ha provocato la paralisi o la chiusura, oppure di tratta di lavoro non eseguibili se non di quegli operai che ora sono in sciopero”*<sup>2093</sup>. Não acompanhamos esta perspetiva, pois que nela não se atende a aspetos que nos parecem relevantes para aferir da existência de culpa do devedor na não realização da prestação, desde logo a previsibilidade da greve e a possibilidade de organizar de modo diverso a prestação, em função dessa mesma previsibilidade. Com efeito, a greve não é, deste ponto de vista, diferente da situação em que todos os trabalhadores, *por coincidência*, faltam no mesmo dia, originando a não realização da prestação. Em ambos os casos, parece-nos que este é um risco que se integra na esfera do devedor.

III. Em França, Brun e Galland consideram que, em relação a terceiros – ou seja, não empregador nem trabalhadores – a greve não opera qualquer suspensão: o empregador deve cumprir as obrigações que assumiu perante os

---

não é suficiente ao devedor invocar que lhe é lícito manter as condições contratuais vigentes com os seus trabalhadores, nem que já cedeu a pedidos anteriores por parte destes.

<sup>2092</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 468.

<sup>2093</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione, ob. cit., p. 131.

terceiros<sup>2094</sup>. Não se pode, em, princípio, falar aqui de uma situação de força maior que impede o cumprimento. Os casos de exoneração serão muito raros, até porque, por via de regra, o empregador poderia ter feito cessar a greve, mediante concessão das pretensões dos trabalhadores<sup>2095</sup>. Portanto, o critério será o seguinte: surgindo uma greve durante a execução do contrato, o empregador responde perante a contraparte, desde que pudesse evitar ou minimizar as consequências da greve<sup>2096</sup>.

IV. Em Espanha, entende-se que as greves gerais, principalmente as de ordem política, exoneram o devedor; ao invés, as greves dos próprios trabalhadores do devedor, bem como as dos seus auxiliares no cumprimento, não exoneram o devedor, mesmo que se trate de greves ilícitas ou abusivas<sup>2097</sup>.

Por sua vez, Jordano Fraga afirma que há que diferenciar:

- a) O carácter lícito ou ilícito da greve apenas releva nas relações entre o empregador e os trabalhadores, para efeitos de responsabilidade civil e disciplinar;
- b) Diversamente, nas relações entre credor e devedor, será indiferente que a greve seja ilícita ou abusiva: em qualquer caso, a greve é uma circunstância que deve ser da responsabilidade do devedor<sup>2098</sup>.

V. Parece-nos que este último entendimento se apresenta correto. Nas relações entre empregador e trabalhador, o carácter lícito ou não da greve releva para aferir dos efeitos no contrato de trabalho, nomeadamente quanto à aplicação dos artigos 536.º ou 541.º do CT, respetivamente.

---

<sup>2094</sup> ANDRÉ BRUN / HENRI GALLAND, *Droit du Travail*, 2ème edition, Tome 2 – Les rapports collectifs de travail, Paris, Sirey, 1978, p. 483.

<sup>2095</sup> ANDRÉ BRUN / HENRI GALLAND, *Droit du Travail*, Tome 2 – Les rapports collectifs de travail, ob. cit., p. 483.

<sup>2096</sup> ANDRÉ BRUN / HENRI GALLAND, *Droit du Travail*, Tome 2 – Les rapports collectifs de travail, ob. cit., p. 484.

<sup>2097</sup> Neste sentido, L. LÓPEZ GUERRA, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, em *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV – Pro-Zon, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 5923.

<sup>2098</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 578 e seguintes, afirmando que “Lo contrario conduce a descargar sobre el acreedor los riesgos de la organización empresarial de su deudor”.

O mesmo não se verifica na relação da empresa com terceiros: para o terceiro que contratou com o empregador, não releva se a não realização da prestação decorrer de uma greve dos trabalhadores deste, ou de outro motivo qualquer: a solução a dar ao caso não parece ser diferente da situação em que os trabalhadores faltam, p.ex. devido a doença, de igual modo impossibilitando ao empregador a realização da prestação perante o terceiro.

Neste sentido se pronuncia também Menezes Leitão, ao afirmar que a greve *“constitui um evento na esfera de risco do empregador, pelo que ele deve responder pelas consequências da mesma, não ficando assim exonerado da sua responsabilidade contratual, caso esta determine o incumprimento dos contratos que celebrou”*, acrescentando que se aplica o art. 800.º do CC mesmo em caso de greve ilícita<sup>2099</sup>.

VI. Nunes de Carvalho analisa com bastante pormenor esta questão, especialmente quanto a saber se, em caso de greve, o devedor pode afastar a presunção de culpa presente no art. 799.º do CC, na medida em que tal exige, em princípio, a demonstração pelo devedor de que a impossibilidade de cumprir não lhe é imputável, sendo antes devida a caso fortuito ou de força maior<sup>2100</sup>. O Autor salienta que os trabalhadores não são, propriamente, terceiros, pelas relações em que se encontram para com o obrigado, mas antes auxiliares do devedor, pelos quais este responde em moldes objetivos<sup>2101</sup>. Contudo, o problema estaria no fato de o devedor responder *como se tivesse sido o próprio devedor a atuar*, ou seja, o art. 800.º/1 do CC requer uma atuação culposa do auxiliar<sup>2102</sup>. Ora, perante este obstáculo, surgem duas hipóteses<sup>2103</sup>:

- a) Ou se considera como tal o “dolo” dos trabalhadores quanto à decisão de fazer greve e, com isso, causar um dano ao empregador;

---

<sup>2099</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 562.

<sup>2100</sup> ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII (I da 2.ª Série), N.º 3, pp. 367 e seguintes.

<sup>2101</sup> ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, ob. cit., p. 412.

<sup>2102</sup> Assim, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, ob. cit., p. 415.

<sup>2103</sup> ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, ob. cit., pp. 415 e 416.



- b) Ou se aplica apenas o art. 800.º/1 às greves ilícitas, pelo que, em contrapartida, o devedor ficaria exonerado em caso de greve lícita.

Nunes de Carvalho não parece aceitar nem uma, nem outra solução, antes aventando que *“esta forma puramente civilística de resolução dos problemas que envolvem a greve não é satisfatória”*<sup>2104</sup>, antes parecendo concluir que não há na greve uma *“vontade ilícita, uma vontade censurável ou censuravelmente formada”*<sup>2105</sup>.

Por sua vez, Bernardo Xavier analisa o problema dos efeitos da greve essencialmente no domínio laboral, mas não deixa de referir igualmente as repercussões em relação a terceiros<sup>2106</sup>. O Autor diferencia entre:

- a) Efeitos da greve lícita:

Começa-se por salientar que, não obstante a greve, o empresário pode decidir manter a laboração, com os trabalhadores não grevistas<sup>2107</sup>, lançando mão aos poderes especificamente laborais de que dispõe para reorganizar a distribuição das funções dentro da própria empresa<sup>2108</sup>. O Autor parece admitir que *“a greve exclui a responsabilidade da empresa quando ocasiona a impossibilidade do cumprimento”*, desde que se trata de uma impossibilidade absoluta e não de uma mera dificuldade de prestar<sup>2109</sup>.

Porém, sustenta que, na maioria das vezes, o problema não será efetivamente de impossibilidade, mas antes de mora, sendo que aqui considera que, sendo a greve lícita, não se pode aplicar o art. 800.º/1 do CC, na medida em que os auxiliares se encontram a exercer um direito e tal exercício não pode ter como efeito a responsabilidade do empregador / devedor<sup>2110</sup>.

---

<sup>2104</sup> ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, ob. cit., p. 419.

<sup>2105</sup> ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, ob. cit., p. 417.

<sup>2106</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., pp. 175 e seguintes.

<sup>2107</sup> Uma vez que o art. 535.º do CT proíbe a substituição dos trabalhadores grevistas.

<sup>2108</sup> Assim, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., p. 192.

<sup>2109</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., pp. 219 e 220, sublinhando que, se a empresa tiver a possibilidade de concluir a encomenda, ainda que com recurso a outros fornecedores, não se poderá então falar em verdadeira impossibilidade.

<sup>2110</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., pp. 220 e 221.

Em contrapartida, se esta será a situação regra, o Autor admite que possa haver culpa do empregador na greve e, nesse caso, as suas consequências já lhe serão imputáveis, dando o exemplo de uma *“greve defensiva dos trabalhadores, para coagir a empresa a cumprir as suas obrigações contratuais”*<sup>2111</sup>.

b) Efeitos da greve ilícita:

Nesta hipótese, considera *“muito difícil de sustentar”* que não haja responsabilidade da empresa, aplicando o art. 800.º/1 do CC. O Autor considera que os trabalhadores que aderem a uma greve ilícita o fazem ainda *no cumprimento da obrigação*, considerando a situação similar ao caso do trabalhador que, incumbido de ir pagar uma dívida, foge com o dinheiro, considerando que a exigência de que o ato seja praticado *no cumprimento da obrigação* deve ser interpretada *em termos amplos*<sup>2112</sup>. Daqui parte para a conclusão que a greve ilícita corresponde ao *“não cumprimento por parte dos encarregados de obrigações contratuais que assumiram relativamente à empresa fornecedora para que esta pudesse, por seu turno, executar os seus compromissos”*<sup>2113</sup>.

VII. Romano Martinez considera que não se pode aqui aplicar o art. 790.º do CC, uma vez que tal dispositivo pressupõe que o fundamento do incumprimento não esteja na esfera de controlo do devedor *“e não se pode concluir que a greve esteja sempre fora do controlo de atuação do empregador”*, pelo que o empregador responderá nos termos do art. 800.º/1 do CC, ainda que a greve seja ilícita, mais considerando inaplicável ao caso o art. 795.º do CC, sob pena de não ser o empregador a sofrer as consequências da greve, mas sim os terceiros<sup>2114</sup>. Porém, o Autor considera que o empregador não deve responder

---

<sup>2111</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., p. 221.

<sup>2112</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., p. 290.

<sup>2113</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, ob. cit., p. 290, acrescentando que aqui o empregador poderá, por seu turno, responsabilizar os sindicatos e os grevistas pelos danos sofridos.

<sup>2114</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 1160 a 1162.

quando se trate de greve não laboral<sup>2115</sup>, ou seja, em relação à qual o empregador não tinha a possibilidade de evitar a greve<sup>2116</sup>.

Assim, a responsabilidade do devedor continuará, neste caso, a atender aos respectivos requisitos, ou seja:

- a) O devedor responde por atos de auxiliares que tenha introduzido, voluntariamente, na execução, mas não por atos de outros terceiros<sup>2117</sup>;
- b) Tratando-se de greve geral ou política, em princípio, não há responsabilidade obrigacional, porquanto, se fosse o devedor a cumprir, pessoalmente, de igual modo este ficaria liberado<sup>2118</sup>, nos termos do artigo 790.º do CC.

VIII. Acompanhamos este entendimento. Mesmo que se aceite a afirmação de Nunes de Carvalho, ou seja, de que os esquemas civilísticos não são inteiramente adequados a solucionar este problema, o certo é que, na ausência de um regime específico, a sua resolução terá necessariamente de passar pela aplicação dos artigos 790.º, 799.º e 800.º do CC. Ora, de acordo com a doutrina, a impossibilidade superveniente apenas extingue a obrigação se não for imputável ao devedor, o que pressupõe que seja estranha ao próprio devedor e que este não tivesse a possibilidade de a impedir. Deste modo, aplicando tal critério à greve, será de concluir o seguinte:

---

<sup>2115</sup> A doutrina é controvertida em relação aos motivos que podem conduzir à greve. O art. 57.º da Constituição estabelece, no seu n.º 2, que compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito. Nessa medida, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 548, considera que podem estar em causa motivos laborais, mas também interesses políticos, económicos, de solidariedade, etc. Já PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 1118, considera que só há greve quando se trata de reivindicações de ordem laboral e desde que as pretensões dos trabalhadores possam ser satisfeitas pelo empregador: “Só será justo que o empregador suporte tal risco se tiver a possibilidade de satisfazer as pretensões dos trabalhadores.”. Razão pela qual, apesar da expressão ampla contida na Constituição e na lei, o Autor defende uma interpretação restritiva da mesma.

<sup>2116</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 1161.

<sup>2117</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 580.

<sup>2118</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 581.

- a) A greve no âmbito da empresa, tanto lícita como ilícita, não se enquadra no art. 790.º do CC.

Não se pode falar aqui numa *causa estranha* ao devedor, nem tão-pouco em evento que o devedor / empregador não pudesse evitar. Pelo contrário, a atuação dos trabalhadores do devedor, ainda quando seja ilícita, é um risco da empresa, é algo de previsível e com que o empregador tem de contar.

A situação não se mostra diferente pelo fato de se estar diante do exercício de um direito fundamental. Como se referiu, ainda que, em vez de greve, se esteja perante uma ausência dos trabalhadores, p.ex. devido a doença, ainda assim não se pode falar aqui de impossibilidade superveniente não imputável ao devedor. E isto não é porque o devedor *tenha ou não culpa* – o que, no caso da greve, poderá ou não acontecer, mas no caso da doença dificilmente acontecerá. A questão é que se trata de meios utilizados pelo devedor no cumprimento da sua obrigação e por isso é o devedor que suporta o risco de não operacionalidade de tais meios.

Dir-se-á que então não se estará a aplicar, diretamente, nem o art. 790.º, nem o art. 800.º. Não concordamos. Efetivamente, um dos pressupostos de aplicação do art. 800.º é que haja culpa do auxiliar, na medida em que o devedor responde da mesma forma que responderia se fosse o próprio devedor a agir. Habitualmente, a doutrina considera que este requisito não se preenche, na medida em que o trabalhador, pelo menos na greve lícita, não está a adotar um comportamento culposo, antes pelo contrário, trata-se apenas do exercício de um direito fundamental. Porém, não acompanhamos esta posição. De fato, como teremos oportunidade de analisar com mais detalhe posteriormente, a técnica utilizada pelo art. 800.º/1 do CC consiste em *projetar no devedor o comportamento do seu auxiliar de cumprimento*: tudo se passa como se, sendo a prestação realizada pelo próprio devedor, este respondesse perante o credor.

Ora, aplicando este critério ao caso da greve, conclui-se facilmente que, se fosse o devedor a não estar presente, não realizando a prestação, ele teria culpa – que se presume, aliás, pelo art. 799.º/1 do CC. Não releva que a razão da ausência seja o exercício do direito fundamental à greve, ou doença, como no

exemplo já assinalado. Esse é um risco que corre por conta do devedor. Mesmo que tal não decorra do art. 790.º do CC – desde logo, porque muitas vezes a greve, ou bem assim a doença, poderiam ser evitadas – o certo é que decorre do art. 800.º/1 do CC. Não obstante o motivo da ausência dos auxiliares de cumprimento, o fato é que estes se encontram ausentes e, se fosse o devedor a estar ausente e com isso a provocar o não cumprimento da obrigação, ele responderia. Donde, nos mesmos termos, deverá responder também pela atuação (neste caso, omissão) dos seus auxiliares.

- b) Diferentemente se passam as coisas, a nosso ver, em caso de greve geral. Com efeito, aqui não está em causa um meio de cumprimento do devedor: o devedor não introduz estes trabalhadores no cumprimento da sua obrigação, ou, pelo menos, não o faz em relação aos que não sejam seus trabalhadores. Por isso, se devido a uma greve geral, a prestação não foi realizada, estamos no campo de aplicação do art. 790.º do CC: a causa é estranha ao devedor e este não a podia impedir. Mesmo que alguns dos trabalhadores em greve sejam os próprios trabalhadores do devedor, o mesmo não se aplica aos demais.

IX. Importa ainda referir que são frequentes as cláusulas de exoneração da responsabilidade do devedor em caso de greve, as quais, em princípio, deverão ser consideradas lícitas.

Com efeito, a tal não parece obstar desde logo:

- a) O art. 18.º, alínea c), da LCCG, uma vez que aqui apenas são proibidas as cláusulas pelas quais seja excluída ou limitada a responsabilidade em caso de *dolo ou culpa grave*;
- b) O art. 18.º, alínea d), da LCCG, porquanto aqui apenas se proíbe a cláusula em caso de *dolo ou culpa grave* do representante ou auxiliar do devedor.

Ora, sendo a greve um direito fundamental, consagrado quer na Constituição quer em instrumentos normativos internacionais que vinculam o Estado Português, não pode o seu exercício integrar a previsão destes preceitos.

X. Concluindo este ponto:

- a) A impossibilidade de realização da prestação, prevista no art. 790.º do CC, pressupõe que não se esteja diante de um fato imputável ao devedor;
- b) É imputável ao devedor a impossibilidade causada por atuação de um dos seus auxiliares de cumprimento, seja em caso de greve lícita, como ilícita;
- c) Esta conclusão não se altera ainda que a atuação do auxiliar consista no exercício do direito fundamental à greve, sendo ainda assim tal comportamento um risco a suportar pelo empregador nas suas relações com o terceiro – credor.

### Enquadramento no Direito europeu

I. Por último, ainda no âmbito da delimitação face à impossibilidade de cumprimento, é ainda de referir os DCFR – *Draft Common Frame of Reference* (2009)<sup>2119</sup>. A ideia de um Código Civil Europeu<sup>2120</sup> surge de vez em quando por parte de alguns autores mais ambiciosos. Contudo, esta é uma matéria que

---

<sup>2119</sup> Sobre o tema, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, ob. cit., pp. 241 e seguintes.

<sup>2120</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., pp. 119 e 120, sugere uma codificação europeia dos contratos, possivelmente inspirada no modelo do BGB, no qual salienta a “superioridade técnica”. Cf. também, nesta obra, as pp. 143 e seguintes. Contudo, o Autor afirma, a p. 150, que “Em defesa do Código Civil europeu só vemos razões políticas. Haveria que erguer um Estado Europeu ainda que à custa das culturas nacionais, relegadas para «particularismos locais». (...) Os custos seriam enormes (mesmos os económicos) e as vantagens diminutas.”. Cf. ainda DÁRIO MOURA VICENTE, *Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 47 e seguintes.

competete a cada Estado membro regular, saindo, em princípio, da esfera de competências da UE<sup>2121 2122 2123</sup>.

Na Europa, o problema tem sido desenvolvido em termos de *culpa presumida*<sup>2124</sup>. Nos Princípios Europeus, o artigo 4:202 estabelece<sup>2125</sup>:

Art. 4:202.

*Responsabilidade empresarial*

(1) *Aquele que exercer uma actividade económica ou profissional de carácter duradouro e utilizar auxiliares ou equipamento técnico é responsável pelos danos causados por um defeito da empresa ou do que nela se produza, excepto se provar que agiu de acordo com o padrão de conduta exigível.*

(2) *„Defeito” é qualquer desvio dos padrões que se podem razoavelmente esperar da empresa ou dos seus produtos ou serviços.*

A tendência mais recente na União Europeia aponta para uma aproximação dos modelos de responsabilidade civil nos diversos Estados membros. Não obstante o projeto de Código Civil Europeu se mostrar, pelo

---

<sup>2121</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 399. O Autor assinala, a p. 401, que “a unificação do Direito privado europeu só seria possível com o sacrifício da realidade existente: uma amputação cultural única na História”.

<sup>2122</sup> Sobre o tema, cf. HEIN KÖTZ, *Towards a European Civil Code: the duty of good faith*, em AAVV, *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 242 e seguintes, destacando o papel da boa fé e a importância da sua consagração neste texto legal, em especial em atenção ao § 242 do BGB.

<sup>2123</sup> Salientando que até hoje a Comunidade Europeia não logrou efetuar uma unificação do Direito Internacional Privado dos Estados membros, unificação essa que seria necessária para eliminar os eventuais conflitos, mesmo na presença de um Código Civil Europeu, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões*, ob. cit., pp. 58 e 59.

<sup>2124</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., pp. 163 e 164, onde refere o artigo 49.a) do Projeto de Reforma do Direito Suíço da Responsabilidade Civil, nos termos do qual a pessoa que explora uma empresa, com atividades de natureza empresarial ou profissional, é responsável pelos danos causados na esfera destas atividades, salvo se provar que a organização da empresa era apta a evitar a verificação do dano. Mais refere o § 1304 do Projeto de Reforma do Direito Austríaco de Responsabilidade Civil, onde se estabelece que quem exercer uma atividade empresarial com interesse económico ou profissional responde pelos danos causados pelos defeitos da empresa, seus produtos ou serviços prestados, salvo se demonstrar que usou a diligência devida para prevenir o dano.

<sup>2125</sup> A tradução é de Jorge Ferreira Sinde Monteiro e André Gonçalo Dias Pereira, encontrando-se disponível em:

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&sqi=2&ved=0CDMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fcivil.udg.edu%2Fphp%2Fbiblioteca%2Fitems%2F295%2FPE-TLPortuguese.doc&ei=9nfiUcj0KsWN7QaP7IDADw&usg=AFQjCNFqT6YnIs3Ho-JbYBzmMPpaRAa4mA&sig2=aTtX4wVACxtWC3JDtsUucA>.

menos temporariamente, esquecido, foram constituídos grupos de trabalho acerca do tema, dos quais resultaram documentos importantes, com destaque para o DCFR – *Draft Common Frame of Reference* (2009)<sup>2126 2127</sup>.

Este documento tem em vista o estabelecimento de princípios uniformes em matéria de contratos e obrigações em geral, contratos especiais, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, gestão de negócios, procurando reunir o *acquis* comunitário em termos de direitos dos consumidores<sup>2128 2129</sup>.

Apesar de não se tratar, propriamente, de um *Código*, o DCFR constitui o mais importante significado da  *europeização* do Direito Privado<sup>2130</sup>.

II. O DCFR de 2009 não pode ser interpretado de forma isolada: este documento tem, necessariamente, de ser articulado com outros instrumentos de Direito Europeu, destacando-se o Tratado de Lisboa, cuja Parte II transcreve a Carta de Direitos Fundamentais de Nice, tornando-a vinculativa, bem como com a proposta de Diretiva sobre os direitos dos consumidores (COM (2008) 614/4, de 8 de outubro de 2008)<sup>2131</sup>.

III. O artigo 3.101/1 do DCFR 2009 estabelece que, ocorrendo incumprimento da prestação a que o devedor estava obrigado, se a situação não

---

<sup>2126</sup> Sobre este assunto, cf. RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, em Revista O Direito, Ano 145.º, 2013, I-II, p. 252; GUIDO ALPA, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, em *Liber Amicorum Mário Frola. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 209-226.

<sup>2127</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões*, ob. cit., pp. 62 e 63, assinala as diferenças relevantes que separam os Direitos europeus, nomeadamente em matéria de revogabilidade da proposta contratual, valor do silêncio como meio declarativo, relevância do erro-vício, consagração de deveres pré-contratuais de conduta, possibilidade de imputação dos danos sofridos através da violação de tais deveres àquele que os causou, inexistência de um princípio de boa fé na formação dos contratos comum, etc..

<sup>2128</sup> Neste sentido, GUIDO ALPA, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, ob. cit., p. 210.

<sup>2129</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões*, ob. cit., p. 64, sublinha que este documento se limita a “acolher o mínimo denominador comum entre as ordens jurídicas”.

<sup>2130</sup> A afirmação é de GUIDO ALPA, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, ob. cit., p. 213.

<sup>2131</sup> GUIDO ALPA, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, ob. cit., pp. 217 e 219.



for desculpável, o credor pode recorrer a qualquer um dos *remédios* previstos. Apesar de se referir a ideia de incumprimento *desculpável*, os requisitos da desculpabilidade não se relacionam com a ideia de culpa do devedor, ou seja, assumem um carácter objetivo.

Assim, no regime constante do DCFR 2009, a responsabilidade obrigacional do devedor “*parece funcionar independentemente da culpa*”<sup>2132</sup>.

Com efeito, segundo os artigos 3.101/4 e 3.107/1, o credor tem direito a uma indemnização por incumprimento obrigacional se o incumprimento não for desculpável.

IV. Ricardo Bernardes assinala que, no DCFR 2009, é consagrado um “*regime dual – tratando separada e diferenciadamente o incumprimento das obrigações provenientes de um acto jurídico (artigo 3.104/2), e as que nascem de outras fontes (artigo 3.104/1)*”<sup>2133</sup>.

Tratando-se de incumprimento de obrigação proveniente de outra fonte, que não o ato jurídico, aquele é desculpável quando ocorra<sup>2134</sup>:

- a) Um impedimento;
- b) Que escape ao controlo do devedor;
- c) Cuja verificação e consequências seja inevitável e insuperável;

Se o incumprimento for referente a um negócio jurídico, há um quarto requisito:

- d) Que a possibilidade de surgimento de tal impedimento não pudesse, razoavelmente, ter sido representada pelo devedor no momento em que se vinculou.

---

<sup>2132</sup> RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., p. 253. A páginas 270, o Autor conclui: “A desculpabilidade referida não tem como ser aproximada à culpa, em sentido técnico-jurídico: a prestação não pode ser reclamada, não porque a omissão do cumprimento não seja censurável, mas simplesmente porque o devedor não tinha como executá-la.”.

<sup>2133</sup> RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., p. 259.

<sup>2134</sup> Para um desenvolvimento destes pressupostos, cf. RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., pp. 261 e seguintes.

Terá de estar em causa uma situação de impossibilidade absoluta, e não uma mera *difficultas praestandi*, não suscetível de controlo pelo devedor, ou seja, deve ser *estranho, exterior à atividade do devedor*<sup>2135</sup>.

Assim, deve entender-se que o que releva é que o devedor “*exerce um domínio sobre certos fatos e fatores que estão sob a sua alçada, que retira proveito deles e que, por isso, tem que responder pelos danos que provoquem, mesmo que não lhe sejam directamente imputáveis. Porque se não controlou, nem tinha como controlar, o comportamento concreto de um desses fatores foi ele que o introduziu no âmbito da execução da obrigação e poderia não ter introduzido ou ter tomado medidas para que não provocasse danos ou não inviabilizasse o cumprimento da mesma*”<sup>2136</sup>.

Donde se conclui “*o devedor responderá por todos os riscos normais e legitimamente expectáveis associados à sua actividade e posição: ou seja, no fundo, pelos riscos próprios dessa posição*”<sup>2137</sup>. A exoneração da responsabilidade terá lugar apenas em casos de fato de terceiro ou de situações extraordinárias, havendo uma “*irrelevância da culpa do devedor*”, já que “*basta que o incumprimento seja concretização de um risco associado à posição específica da parte (devedor ou credor), colocado dentro da sua esfera de controlo*”<sup>2138</sup>, situação que se reconduz claramente a uma responsabilidade objetiva, pelo risco.

---

<sup>2135</sup> RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., p. 272.

<sup>2136</sup> RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., p. 272.

<sup>2137</sup> RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., p. 274.

<sup>2138</sup> RICARDO BERNARDES, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, ob. cit., p. 276. Ricardo Bernardes considera ainda, a pp. 305 e 306, que este sistema se aproxima da tese de Trimarchi, para quem a responsabilidade obrigacional do empresário deveria ser meramente objetiva, apenas não existindo em caso de força maior ou caso fortuito

I. O devedor pode, no exercício da sua autonomia privada, assumir a responsabilidade pelos atos de não auxiliares. Isso pode acontecer, desde logo, em relação aos chamados *substitutos jurídicos*, ou seja, as pessoas que ocupam a posição de devedor na relação jurídica obrigacional, e que, como veremos, não estão em princípio abrangidos na previsão do n.º 1 do art. 800.º.

II. Em caso de assunção de dívida, de acordo com o artigo 595.º, n.º 2, do CC<sup>2139</sup>, havendo declaração expressa do credor, o devedor originário fica exonerado<sup>2140</sup>. No entanto, este pode assumir a responsabilidade pela atuação do novo devedor. Neste caso, a responsabilidade é obrigacional mas decorre da assunção, pelo próprio, que consubstancia uma garantia pessoal<sup>2141 2142</sup>. Não se confunde por isso com o art. 800.º/1 do CC, que contempla uma previsão de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, independentemente da vontade do devedor nesse sentido.

III. Não há, também, recurso ao auxiliar na figura do contrato para pessoa a nomear: aqui, se o nomeado aceitar a nomeação, substitui um dos contraentes originários<sup>2143 2144</sup>. Trata-se de um contrato com sujeito alternativo,

---

<sup>2139</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, ob. cit., pp. 254 e 255. Sobre o tema, cf. ainda LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / PAULO OLAVO DE PITTA E CUNHA, *Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação do negócio jurídico*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, II, Lisboa, Abril de 1997, em especial as pp. 704 e seguintes.

<sup>2140</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 241.

<sup>2141</sup> Cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 533 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 62 e seguintes.

<sup>2142</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 886 e seguintes.

<sup>2143</sup> DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 75. Cf. ainda LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda no Direito Comercial Português*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 1924, pp. 379 e seguintes. Cf. também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, ob. cit., pp. 68 e seguintes.

<sup>2144</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais, ob. cit., pp. 585 e seguintes.

não havendo transferência nem substituição entre sujeitos<sup>2145</sup>, contrariamente ao art. 800.º/1 do CC, que pressupõe que o devedor se mantenha nessa posição jurídica durante a atuação do auxiliar.

### *Recurso ilícito à ação de terceiros*

I. Para que de responsabilidade do devedor por ato dos seus auxiliares se possa falar na aceção do artigo 800.º/1 do CC, é essencial que o recurso à ação de terceiros se mostre lícito, em função da obrigação existente. Com efeito, se o devedor não puder, licitamente, introduzir terceiros na execução da prestação, tal circunstância constituirá responsabilidade obrigacional direta e subjetiva, por infração do devedor ao conteúdo obrigacional. Assim, não haverá responsabilidade por fato de outrem, mas antes por fato próprio, nos termos do artigo 798.º do CC, presumindo-se a culpa do devedor pelo artigo 799.º/1 do CC.

II. Por via de regra, o devedor tem a liberdade de cumprir, pessoalmente, ou por terceiro. Como afirmava Jaime Gouveia, *“Em regra, o interesse jurídico do accipiens consiste em receber uma prestação de certo valor económico, sem consideração especial pela pessoa que a executou”*<sup>2146</sup>.

As obrigações são, em princípio, fungíveis – artigo 767.º do CC<sup>2147</sup> <sup>2148</sup>. O interesse do credor é na obtenção da prestação, independentemente da pessoa que, materialmente, a execute<sup>2149</sup> <sup>2150</sup>. De salientar que:

---

<sup>2145</sup> ANGEL CRISTOBAL-MONTES, *Estudios de Derecho Civil*, ob. cit., p. 123.

<sup>2146</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Edição do Autor, 1932, p. 316. Regra esta que, no CS, resultava do artigo 747.º.

<sup>2147</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., pp. 274 e seguintes.

<sup>2148</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 542 e seguintes. Cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 45 e seguintes.

<sup>2149</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 118 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES

- a) Apenas em caso de prestação fungível terá aplicação o art. 828.º CC;
- b) Na prestação fungível, qualquer terceiro, interessado ou não no cumprimento, pode realizar a prestação<sup>2151</sup>, não podendo o credor recusar, sem entrar em mora<sup>2152</sup>;
- c) Para além disso, numa prestação fungível, a impossibilidade meramente relativa não origina a extinção da obrigação (art. 791.º CC)<sup>2153</sup>.

III. A exceção corresponde às obrigações infungíveis<sup>2154</sup>, que podem apenas ser cumpridas pela pessoa do devedor, não se podendo esta fazer substituir por outrem nesse cumprimento:

- a) Ou porque o devedor assumiu, pessoalmente, a sua realização;
- b) Ou porque, pela natureza da prestação, não se admite a sua execução por terceiros.

Assim, a obrigação é infungível<sup>2155</sup> sempre que para a sua constituição seja essencial a pessoa do devedor ou as suas características<sup>2156</sup>. Subjacente à obrigação infungível pela sua natureza poderá estar, por exemplo, uma relação de confiança entre as partes. Sendo infungível a obrigação, o credor pode recusar a realização da prestação por terceiro, sem com isso entrar em mora.

---

DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 152; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 73; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, Lisboa, AAFDL, 2010, pp. 100 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 26 e seguintes.

<sup>2150</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 186.

<sup>2151</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 118.

<sup>2152</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 153.

<sup>2153</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 120.

<sup>2154</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 118.

<sup>2155</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 698.

<sup>2156</sup> O artigo 1161.º do CCE estabelece: “En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”.

Contudo, no caso de o devedor ser uma pessoa coletiva, não se poderá, em princípio, falar em infungibilidade da prestação, dado que este pode usar qualquer dos seus propostos para a sua execução<sup>2157</sup>.

IV. Não obstante, assinale-se que a natureza infungível da obrigação apenas será relevante no caso de *recurso a um substituto*. Ao invés, mesmo sendo infungível a obrigação, o devedor pode recorrer a auxiliares de cumprimento ou a colaboradores, a menos que tal seja também contrário à natureza da obrigação ou à convenção das partes<sup>2158 2159</sup>. Por isso, se numa obrigação infungível o devedor se substituir por terceiro, haverá incumprimento, respondendo o devedor não pelo artigo 800.º/1, mas antes nos termos dos artigos 798.º e 799.º/1 do CC<sup>2160</sup>.

V. Com o recurso ilícito à ação de terceiros não se confunde os casos de *intromissão do terceiro* na obrigação, ou seja, quanto este atua sem que tenha sido o devedor a introduzi-lo no esquema obrigacional<sup>2161</sup>, independentemente de o terceiro o fazer com consciência de tal, ou em erro, situação que poderá conduzir à aplicação dos artigos 477.º ou 478.º do CC<sup>2162</sup>.

No entanto, note-se que em nenhum destes casos o devedor responde pelo ato do terceiro que interveio no cumprimento sem para que tal concorresse a vontade do devedor: nessa hipótese a intervenção do terceiro constitui um

---

<sup>2157</sup> Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 169.

<sup>2158</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 313.

<sup>2159</sup> Parece pronunciar-se em sentido contrário FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 170, mas, a nosso ver, sem razão.

<sup>2160</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 266, salientando que, por corresponder aos termos gerais, esta responsabilidade não carece de constar prevista expressamente na lei.

<sup>2161</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 410.

<sup>2162</sup> Sobre estes, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito civil (Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1996, pp. 498 e seguintes. Cf. também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 28 e seguintes.

caso fortuito<sup>2163</sup>, não se aplicando o art. 800.º, já que falta um dos seus pressupostos fundamentais: a introdução voluntária do terceiro no cumprimento por iniciativa do devedor.

VI. Em suma, quando o devedor recorre a terceiros, não o podendo fazer devido à infungibilidade da obrigação, deparamos com um caso de responsabilidade pessoal, direta, e não responsabilidade por fato de outrem<sup>2164</sup>, situação que não se confunde, como vimos, com o n.º 1 do artigo 800.º.

Trata-se então de *responsabilidade por fato próprio*, consequência da violação do contrato, praticada pelo devedor<sup>2165</sup>. Essa violação decorre da infungibilidade da obrigação, quer seja este natural, quer convencional<sup>2166</sup>.

É certo que o devedor responde aqui pelas consequências de atos de terceiros, mas tal responsabilidade decorre da própria atuação ilícita do devedor, que violou o contrato ao recorrer a esses mesmos terceiro. A sua responsabilidade é por isso direta e subjetiva.

VII. Pode-se questionar no entanto se, apesar de a obrigação ser infungível, o credor aceitar a prestação oferecida pelo terceiro, deverá ainda assim subsistir a responsabilidade do devedor? Para alguma doutrina, neste caso não haveria responsabilidade obrigacional<sup>2167</sup>, desde logo devido à ausência de dano do credor. Aliás, para Pessoa Jorge, se a infungibilidade for natural, haverá aqui uma dação em cumprimento<sup>2168</sup>.

Porém, parece-nos que, para que de dação em cumprimento fosse possível falar, seria necessário a obtenção de um novo acordo, expresso ou

---

<sup>2163</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 411.

<sup>2164</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 411: “o solvens só é responsável pelo fato daqueles a quem ele próprio ou a lei incumbiu da execução do contrato”.

<sup>2165</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., pp. 313 e 411.

<sup>2166</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, Coimbra, Almedina, 1985, p. 678.

<sup>2167</sup> Assim, cf. ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 678.

<sup>2168</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 141 e seguintes.

tácito, entre devedor e credor (cf. art. 837.º CC)<sup>2169</sup>. Ora, isso não parece acontecer neste caso. Quanto muito, poderá dizer-se que ocorre uma modificação quanto à infungibilidade da prestação, uma vez que o credor aceita a prestação oferecida pelo terceiro. Sendo assim, *a concordância do credor legitima, a posteriori, a atuação do terceiro*. Porém, ainda assim, não será de aplicar o art. 800.º/1 do CC. Ou seja, a nosso ver, o devedor não responde neste caso pela atuação do substituto que não tenha sido introduzido voluntariamente pelo próprio devedor no cumprimento duma obrigação infungível, ainda que o credor tenha aceite a realização da prestação pelo substituto.

### *Responsabilidade da pessoa coletiva por atos dos seus órgãos*

I. O artigo 165.º do CC determina:

*As pessoas coletivas respondem civilmente pelos atos ou omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos atos e omissões dos seus comissários.*

Não será aqui analisada, por não fazer a mesma parte do nosso estudo, a questão da natureza da personalidade coletiva<sup>2170 2171 2172</sup>. No entanto,

---

<sup>2169</sup> Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 187 e 188.

<sup>2170</sup> Sobre o tema, entre outros: LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., pp. 508 e seguintes; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa com a colaboração do Mestre Diogo Costa Gonçalves, Lisboa, PF, 2010, pp. 135 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I – Introdução. As Pessoas. Os bens, ob. cit., pp. 229 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, em *Revista de Direito e Economia*, N.ºs 16 a 19, 1990 a 1993, pp. 43 e seguintes, em especial a partir da p. 67; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 127 e seguintes; ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume I – Introdução e Parte Geral. Direito das Pessoas, ob. cit., pp. 204 e seguintes e pp. 449 e seguintes.

MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do contrato de compra e venda. No Direito civil, comercial e fiscal*, Coimbra, Almedina, 1971, pp. 37 e seguintes; MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Depósito bancário. Simulação, Falsificação, Burla*, em *Scientia Iuridica*, Tomo XIX, 1970, pp. 246 e seguintes; JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, Volume II – Pessoas, cousas, fatos jurídicos, Coimbra, Coimbra editora, 1928, pp. 112 e seguintes.



atendendo a que a lei imputa à pessoa coletiva<sup>2173</sup> a atuação dos seus representantes, agentes e mandatários, importa deter-nos sobre esta previsão, por forma à respetiva articulação com o artigo 800.<sup>o</sup><sup>2174</sup> <sup>2175</sup>. Tendo presente que a formulação legal é necessária devido ao *elemento organizacional* inerente à pessoa coletiva<sup>2176</sup>.

II. Atendendo ao disposto no art. 163.<sup>o</sup> do CC<sup>2177</sup>, há que distinguir entre<sup>2178</sup>:

- a) Representantes orgânicos, na aceção do art. 163.<sup>o</sup> CC, que não são, em sentido próprio, representantes, já que incluem tanto os *representantes orgânicos*, como os voluntários;
- b) “Verdadeiros” representantes da pessoa coletiva, ou seja, representantes voluntários, pelos atos dos quais esta responde, pelo regime da representação – artigos 258.<sup>o</sup> e seguintes CC – ou pelo artigo 800.<sup>o</sup> CC, quando esteja em causa o cumprimento duma obrigação.

---

<sup>2171</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., pp. 545 e seguintes. Concretamente sobre o problema da natureza da personalidade coletiva, vejam-se as pp. 591 e seguintes. O Autor assinala que, “*Em Direito, pessoa é, pois, sempre, um centro de imputação de normas jurídicas*” (p. 597), podendo ser pessoa singular ou coletiva, sendo que no segundo caso haverá que contar com novas normas para concretizar essa imputação.

<sup>2172</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 358 e seguintes.

<sup>2173</sup> Relativamente à tipologia de pessoas coletivas privadas, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., pp. 629 e seguintes.

<sup>2174</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, ob. cit., pp. 157 e seguintes.

<sup>2175</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 79, considerando que não cabe no art. 800.<sup>o</sup>/1 a representação orgânica.

<sup>2176</sup> Acerca deste elemento, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 661.

<sup>2177</sup> RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades por anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, ob. cit., p. 299, considerando que daqui resulta a responsabilidade contratual das pessoas coletivas. Cf. também, sobre a responsabilidade civil das pessoas coletivas para com terceiros pelos atos ilícitos dos seus administradores, RAUL VENTURA / LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. Estudo comparativo dos Direitos alemão, francês, italiano e português. Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49381 de 15 de Novembro de 1969*, Lisboa, Livraria Petrony, 1970, pp. 295 e seguintes.

<sup>2178</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 393.

III. A representação orgânica envolve a noção de “órgão”, enquanto entidade diversa do representante<sup>2179</sup>. Segundo Messineo, órgão, “*in quanto curatore degli interessi dell’ente, non agisce in nome di esso; è quest’ultimo che, a mezzo dell’organo, agisce direttamente e in nome proprio*”<sup>2180</sup>. Em Portugal, Menezes Cordeiro define os órgãos como “*as estruturas de organização humana permanentes, que permitem à pessoa coletiva autodeterminar-se, exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações*”<sup>2181</sup>, salientando, de entre os princípios que regem os órgãos da pessoa coletiva, o princípio da responsabilidade. Assim, os titulares dos órgãos são responsáveis perante a pessoa coletiva pelo cumprimento dos deveres que a lei lhes impõe (art. 164.º CC)<sup>2182</sup>.

Por força do disposto no art. 163.º CC, a pessoa coletiva responde contratual e diretamente pelo incumprimento das obrigações que assumiu. No entanto, em relação aos atos dos ditos “verdadeiros” representantes (ou seja, os voluntários) a norma que responsabiliza a pessoa coletiva será o art. 800.º CC<sup>2183</sup>, pelo menos quando esteja em causa o cumprimento de uma obrigação.

IV. O problema coloca-se desde logo quanto à definição da relação existente entre a pessoa coletiva e os seus órgãos, havendo aqui duas teorias possíveis<sup>2184</sup>:

- a) Teoria orgânica, que defende que os órgãos são parte da pessoa coletiva, ou melhor, um dos seus elementos: para esta tese, a pessoa coletiva responde pelos atos dos titulares dos órgãos;

---

<sup>2179</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., p. 269.

<sup>2180</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., pp. 269 e 270, onde afirma que o órgão é o depositário e o veículo da vontade da pessoa coletiva, tendo poderes limitados à sua função e finalidades.

<sup>2181</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 662.

<sup>2182</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., pp. 663 e 664.

<sup>2183</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 393.

<sup>2184</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 664, mostrando preferência pela teoria orgânica.

- b) Teoria da representação, nos termos da qual os órgãos seriam uma realidade exterior à pessoa coletiva, dotados de poderes de representação: aqui a pessoa coletiva só responderia pela atuação dos titulares dos órgãos se estes invocassem a qualidade de representantes.

Através dos seus órgãos, a pessoa coletiva exerce os seus poderes<sup>2185</sup>:

- a) Poder de gestão, que inclui a tomada de decisões sobre assuntos relacionados com a pessoa coletiva, abrangendo tanto atos jurídicos como materiais;
- b) Poder de representação (orgânica) da pessoa coletiva. De acordo com o art. 163.º, a representação cabe, supletivamente, à administração, mas a regra pode ser afastada, podendo ser designados outros representantes.

Ora, a responsabilidade do devedor por fato de outrem não se confunde com a responsabilidade da pessoa coletiva pelos atos dos seus representantes “legais”<sup>2186</sup>. Com efeito, a previsão do artigo 165.º CC corresponde a uma *responsabilidade direta*<sup>2187 2188 2189</sup>, não uma responsabilidade indireta<sup>2190</sup>, pelos

---

<sup>2185</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., pp. 666 e 667.

<sup>2186</sup> Salientando que, originariamente, não se considerava a pessoa coletiva suscetível de incorrer em responsabilidade civil, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 682.

<sup>2187</sup> Sobre as diferenças entre uma e outra concepções, cf. RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades por anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, ob. cit., p. 307: “Na verdade, se se partir da concepção da responsabilidade da pessoa colectiva por actos do seu órgão, como responsabilidade subjectiva por acto próprio, ela será responsável sempre que o órgão praticar um acto ilícito e culposo, prejudicial para terceiros. Se, diferentemente, se considerar tal responsabilidade como responsabilidade subjectiva por fato de outrem (quer dizer, baseada na culpa in eligendo, in instruendo ou in vigilando, real ou presumida, do comitente), haverá que ter em conta os requisitos que a lei geral fixa para essa modalidade de responsabilidade.”. Cf. ainda, sobre o tema, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 179 e RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do Anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, Lisboa, 1964, pp. 37 e seguintes.

<sup>2188</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 684: “A pessoa coletiva responde diretamente pelos atos ilícitos dos titulares dos seus órgãos, desde que tenham agido nessa qualidade.”.

<sup>2189</sup> Já assim cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 280.

<sup>2190</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I – Introdução. As Pessoas. Os bens, ob. cit., pp. 277 e seguintes, salientando, na p. 277, que o art. 998.º é uma disposição análoga ao art. 500.º CC.

atos dos representantes, voluntários ou legais da pessoa coletiva, justificando-se por isso a remissão para o art. 500.º CC<sup>2191</sup> <sup>2192</sup>. Sendo que, segundo o entendimento de alguma doutrina, estamos aqui diante da responsabilidade delitual ou aquiliana da pessoa coletiva<sup>2193</sup>.

Importa salientar que, quando uma pessoa coletiva é chamada a responder por atos dos seus órgãos, não se trata de responsabilidade por fato de outrem mas sim *responsabilidade própria ou pessoal*<sup>2194</sup> <sup>2195</sup>, *direta*, na medida em que os atos dos representantes são atos próprios da pessoa coletiva<sup>2196</sup>, sendo reconduzidos ao incumprimento da própria devedora<sup>2197</sup>, até porque estas pessoas não são, em rigor, representantes, ou melhor, verdadeiros representantes da pessoa coletiva<sup>2198</sup>.

Os órgãos são “*elementos da própria organização da pessoa colectiva com vista à actuação desta*”, ainda que os poderes ou deveres atribuídos a tais órgãos sejam, na prática, exercidos por pessoas singulares, que são as titulares dos órgãos<sup>2199</sup>. Nesta medida, os órgãos não se confundem com os *simples agentes ou auxiliares*, que executam uma tarefa pela qual foram incumbidos, por um órgão da pessoa coletiva, incluindo ainda os mandatários constituídos pela pessoa coletiva, uma vez que todos estes são “*pessoas alheias à orgânica da pessoa*

---

<sup>2191</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 685.

<sup>2192</sup> No seu Acórdão de 03.05.1995, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 447, Junho / 1995, pp. 431, o STJ rejeitou a aplicação do art. 165.º CC, conjugado com o art. 500.º CC, por considerar que o ato não tinha sido praticado no exercício de funções. Estava em causa um conjunto de imputações falsas, ofensivas da honra, feitas pelo presidente e vice-presidente do órgão de administração de uma pessoa coletiva.

<sup>2193</sup> Assim, p.ex., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 180.

<sup>2194</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 410.

<sup>2195</sup> Assim também JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 408, nota 3.

<sup>2196</sup> Por isso, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I – Introdução. As Pessoas. Os bens, ob. cit., p. 279, afirma que o art. 165.º não tem nada que ver com os órgãos, mas, a seu ver, apenas com comissários, i.e., terceiros com os quais a pessoa coletiva contrata.

<sup>2197</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 689.

<sup>2198</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 681, salientando que o que está em causa é somente a organização da pessoa coletiva, embora o Direito civil tenha aproveitado, em termos linguísticos, a representação, sendo que em muitos casos a dita representação orgânica será “*decalcada*” das regras da representação voluntária.

<sup>2199</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 387.

*colectiva*”, pelo que, pelos seus atos, a pessoa coletiva responde por ato de outrem<sup>2200</sup>.

V. De acordo com a doutrina hoje predominante, a pessoa coletiva tem capacidade para praticar atos jurídicos próprios, o que realiza através dos seus órgãos: os atos dos órgãos da pessoa coletiva são, por isso, atos próprios desta, não se aplicando o regime do artigo 800.º, n.º 1<sup>2201</sup>. Destarte, o fato de os órgãos serem ocupados por sujeitos jurídicos, que, em princípio, são pessoas singulares, não retira a qualidade de “*parte integrante da pessoa colectiva*” que tais órgãos possuem<sup>2202</sup>.

VI. Como Menezes Cordeiro salienta, a formulação desta norma é equívoca, já que refere em simultâneo os representantes, os agentes e os mandatários, misturando assim o que deveria ser a responsabilidade direta da pessoa coletiva pelos atos dos seus órgãos, com a responsabilidade (indireta) pelos atos e omissões dos seus agentes e mandatários<sup>2203</sup>. Apesar disso, perante a letra da lei e, bem assim, com apoio no art. 6º/5 CSC, entende-se que a pessoa coletiva é um comitente, sendo o seu órgão o *comissário*, justificando-se assim a remissão (implícita<sup>2204</sup>) para o art. 500.<sup>º</sup><sup>2205</sup>.

VII. Carvalho Fernandes assinala que, em relação ao incumprimento de uma obrigação e aos órgãos da pessoa coletiva, quer se entenda que estes são *representantes*, quer não, será de aplicar o art. 800.º, pelo que a solução não

---

<sup>2200</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 394 e 395.

<sup>2201</sup> Neste sentido, ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 692 e 693, invocando como argumento o disposto nos artigos 38.º, 162.º, 163.º, 170.º e 171.º do CC.

<sup>2202</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 694 e 695, onde afirma: “Já entre a pessoa colectiva e os seus órgãos não há qualquer relação jurídica: estes integram-na, não tendo qualquer autonomia jurídica nem face a ela, nem face a terceiros.”. Porém, na p. 698, a Autora salienta que muitas vezes a destriça não é fácil, principalmente quando a pessoa coletiva confere determinados poderes especiais aos titulares desses órgãos.

<sup>2203</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, ob. cit., p. 908.

<sup>2204</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 180.

<sup>2205</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, ob. cit., p. 908.

difere<sup>2206</sup>. Se assim não fosse, as pessoas coletivas seriam injustamente beneficiadas por o serem, já que não poderiam ser obrigacionalmente responsabilizadas pelo incumprimento<sup>2207</sup>.

Na mesma linha, Hörster considera que a remissão para o art. 500.º abrange os atos de representante, mandatário ou agente, o que significa que *“a responsabilidade extracontratual da pessoa colectiva é concebida como uma responsabilidade por actos de outrem, mesmo tratando-se de representantes orgânicos”*<sup>2208</sup>.

VIII. Assim, há que distinguir<sup>2209</sup>:

- a) Se o gerente de uma sociedade por quotas celebra um contrato, atua como titular de um órgão, pelo que é a sociedade que contrata, pelo que estamos diante de representação orgânica;
- b) Diferentemente, se a assembleia geral confere ao gerente poderes para representar a sociedade em determinado negócio, p.ex. um trespasse, o gerente atua como mandatário, sendo auxiliar da sociedade para efeitos de aplicação do artigo 800.º, n.º 1.

Para Ana Prata, a utilidade desta regra reside em *“estender a responsabilidade de garantia, prevista no art. 500.º, às pessoas colectivas relativamente aos actos realizados pelos titulares dos respectivos órgãos: aquelas respondem pelos actos destes como se eles fossem – e sejam ou não – seus comissários”*<sup>2210</sup>.

IX. Em síntese, deve reconhecer-se que, sendo o devedor uma pessoa coletiva, esta serve-se de órgãos, representantes e mandatários para atuar, não sendo estes uma *causa estranha* ao devedor; donde, a atuação dos órgãos,

---

<sup>2206</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 605.

<sup>2207</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., pp. 605 e 606.

<sup>2208</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 387.

<sup>2209</sup> O exemplo é de ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 699.

<sup>2210</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 697.

representantes e mandatário não pode constituir um caso fortuito, para efeitos de liberação da pessoa coletiva<sup>2211</sup>.

No entanto, há necessidade de distinguir o tipo de responsabilidade da pessoa coletiva pela atuação dos órgãos e, por outro lado, dos seus auxiliares. Assim<sup>2212</sup>:

- a) O devedor, pessoa coletiva, responde pelos atos dos seus órgãos, que se consideram atos *próprios*, com base na representação orgânica (entre nós, o artigo 165.º CC)<sup>2213 2214 2215</sup>;
- b) O devedor, pessoa coletiva, responde pelos atos dos terceiros que os seus órgãos venham a designar, como auxiliares de cumprimento, nos termos do artigo 800.º CC.

X. Dito por outras palavras, sendo que a atuação dos órgãos é diretamente imputada à pessoa coletiva que estes representam, mostra-se mais adequado falar aqui de responsabilidade por fato próprio<sup>2216</sup>, adotando a seguinte orientação:

- a) Pelos atos dos seus órgãos, é a pessoa coletiva diretamente responsável, por fato próprio;
- b) Pelos atos dos seus agentes, funcionários e auxiliares, é responsável a título indireto, por fato de terceiro.

---

<sup>2211</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 516.

<sup>2212</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 152.

<sup>2213</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 322, destaca que não são auxiliares aqueles que estão ligados ao devedor de acordo com uma relação orgânica.

<sup>2214</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 299.

<sup>2215</sup> Em sentido diverso, porém, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, ob. cit., p. 909, considera que quando o art. 165.º refere os representantes, tal disposição deve ser articulada com o art. 164.º, não significando aqui os titulares dos órgãos da pessoa coletiva, mas sim os representantes voluntários desta, que sejam p.ex. expressamente escolhidos para a celebração de um contrato ou para outro fim.

<sup>2216</sup> Neste sentido, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 318.

XI. De acordo com alguma doutrina, o artigo 165.º do CC é referente à responsabilidade extracontratual<sup>2217 2218</sup>: a pessoa coletiva responde pelos atos e omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários.

Contudo, como salienta Carvalho Fernandes, é necessário aferir se estamos diante de responsabilidade obrigacional ou delitual<sup>2219</sup>:

- a) Em caso de responsabilidade obrigacional, aplica-se o art. 800.º/1, respondendo a pessoa coletiva – representada – pelos atos do seu representante<sup>2220 2221</sup>;
- b) Em caso de responsabilidade delitual, são aplicáveis os artigos 165.º e 998.º CC<sup>2222 2223 2224</sup>, ou, sendo caso disso, o regime constante do CSC.

De um modo geral, o regime aplicável é o da comissão, consagrado no art. 500.º. De salientar que a doutrina tem considerado que, pese

---

<sup>2217</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 394.

<sup>2218</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 180.

<sup>2219</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 605.

<sup>2220</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 605.

<sup>2221</sup> Cf. também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 181.

<sup>2222</sup> Estabelece este preceito o seguinte: “A sociedade responde civilmente pelos atos ou omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários, nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos atos ou omissões dos seus comissários.”. Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 608. Sobre o tema, cf. ainda LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O contrato de sociedade civil*, em *Direito das Obrigações*, Lições coordenadas pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, III Volume, Lisboa, AAFDL, 1990, p. 140, considerando que se trata de uma responsabilidade objetiva da sociedade pelos atos e omissões dos seus representantes legais, agentes e mandatários, em tudo idêntica ao art. 500.º. No entanto, o n.º 2 afasta a possibilidade de o lesado se dirigir diretamente aos sócios. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, em especial as pp. 343 e seguintes.

<sup>2223</sup> Sobre o tema, cf. também LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Breves considerações sobre a responsabilidade dos consorciados perante terceiros*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Volume II – Direito comercial. Direito do Trabalho. Vária, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 165 e seguintes, onde salienta que no que concerne à responsabilidade perante terceiros, nos consórcios externos com fornecimento de bens e serviços a terceiros, as obrigações contraídas perante estes são normalmente solidárias. A nível de responsabilidade extracontratual, assinala que o chefe do consórcio incorre em responsabilidade civil no exercício da função que lhe foi confiada, sendo que os consorciados respondem solidariamente.

<sup>2224</sup> Sobre este regime, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 261, salientando que, apesar de se tratar de situação idêntica ao art. 500.º do CC, o n.º 2 do art. 998.º do CC exclui a possibilidade de o lesado se dirigir diretamente ao sócio, o que se explica por a lei “pretender possibilitar o exercício do direito de regresso da sociedade contra o autor do dano, o que o sócio por definição não poderá fazer”.



embora o art. 165.º não refira, em termos literais, os órgãos, se considera que o termo representantes designa os órgãos<sup>2225</sup>.

Contudo, é de referir que, para Catarina Cordeiro, o art. 165.º CC não se aplica à representação orgânica, assim como não se aplica a esta o art. 6.º/5 CSC<sup>2226</sup>. A Autora admite ainda a aplicação, quer do art. 500.º, quer do art. 800.º, a hipóteses de danos causados pelo membro do órgão de uma pessoa coletiva<sup>2227</sup>.

XII. A diferenciação entre o âmbito delitual e o obrigacional nem sempre é clara no caso concreto, como se pode concluir do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.10.2013<sup>2228</sup>, no qual se analisou o seguinte caso: uma sociedade de mediação imobiliária atuou, através de um seu funcionário, promovendo a celebração de um negócio, concretamente três contratos-promessa de compra e venda de frações de um imóvel. Na sequência disso, o referido funcionário recebeu um cheque, emitido à ordem do sócio gerente da empresa construtora, referente ao sinal, que deveria ter entregue àquela empresa, o que não aconteceu, antes tendo feito sua aquela quantia. Discutia-se a responsabilidade da mediadora pelo ato do funcionário.

A propósito do âmbito obrigacional, foi referido o artigo 3.º do DL n.º 77/99, de 16 de março, nos termos do qual a atividade de mediação imobiliária *“é aquela em que, por contrato, uma empresa se obriga a diligenciar no sentido de conseguir interessado na compra ou na venda de bens imóveis ou na constituição de quaisquer direitos reais sobre os mesmos, bem como para o seu arrendamento e trespasse, desenvolvendo para o efeito acções de promoção e recolha de informações sobre os negócios pretendidos e sobre as características dos respectivos imóveis”*, podendo ainda incluir a prestação de serviços relativos à obtenção de documentação nos termos do n.º 2 deste preceito. Portanto, o recebimento do cheque não estaria,

---

<sup>2225</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, ob. cit., p. 616.

<sup>2226</sup> CATARINA PIRES CORDEIRO, *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, ob. cit., p. 118.

<sup>2227</sup> CATARINA PIRES CORDEIRO, *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, ob. cit., p. 118 e nota 168.

<sup>2228</sup> Processo n.º 8476/03.8TBCSC.L1-1, Relator Pedro Brighton, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

em princípio, incluído na atividade de mediação imobiliária, daí que o Tribunal tenha concluído que o ato do funcionário, ao fazer sua aquela quantia<sup>2229</sup>, *não poderia originar responsabilidade obrigacional da mediadora, mas somente responsabilidade delitual, baseada no risco, nos termos dos artigos 165.º, 998.º, n.º 1 e 500.º do CC.*

Nessa linha, o Tribunal diferenciou entre:

- a) Representação orgânica, em que se está diante de uma atuação da própria pessoa coletiva, através dos seus órgãos externos, com a inerente vinculação e responsabilização pelo cumprimento nos termos gerais (artigos 762.º e seguintes do CC);
- b) Atuação por parte de representantes voluntários da pessoa coletiva, que agem em nome desta, em que é aplicável o disposto nos artigos 258.º, quando se trate da conclusão de um negócio, e 800.º do CC, quando se trate do incumprimento duma obrigação. Pela atuação destes responde a mediadora em termos objetivos, devendo inclusivamente constituir um seguro de responsabilidade civil e prestar caução (cf. o disposto no então vigente artigo 24.º do DL n.º 77/99<sup>2230</sup>).

Neste caso, de acordo com a orientação propugnada pelo Tribunal, o funcionário praticou um ato ilícito, pelo que *“deixa de poder dizer-se que ainda actua dentro dos limites dos seus poderes”,* já que se dirigia a um fim ilícito, que constituía até um ilícito penal: *“Por isso, o negócio celebrado pelo JV, em que aquele acabou por concretizar a apropriação de uma verba dos apelados correspondentes fundos, sendo, nessa medida, alheio ao interesse e vontade negocial da “R, Ld”, não podem integrar, relativamente a esta, um contrato vinculativo, pelo que afastada está, necessariamente, a responsabilidade negocial por incumprimento, fundada nos artºs*

---

<sup>2229</sup> Muito embora da decisão não resulte como fato provado que foi o funcionário quem se apoderou daquela quantia. Com efeito, a dada altura, pode ler-se: *“Logo, se alguém se apoderou de tal valor, ou foi a “R, Ld”, ou o JV...”*.

<sup>2230</sup> Sendo de referir que, segundo o Tribunal, este seguro abrange quer os danos emergentes de responsabilidade obrigacional, quer delitual: *“A garantia do contrato de seguro obrigatório celebrado pelo mediador imobiliário abrange, pois, os danos causados pela sua actividade não só ao comitente como ao terceiro interessado no potencial negócio.”*.

762º e ss. e 800º do Código Civil, que pressupõe, sempre, a pré-existência de um vínculo obrigacional entre dois sujeitos”.

Porém, pela nossa parte, temos algumas dúvidas em relação à solução dada a este caso: uma coisa será a celebração do contrato, outra a apropriação da quantia. A este respeito, o Tribunal citou o caso do funcionário bancário que, sem poderes suficientes, recebe uma quantia de um particular para fins de investimento e que a dissipa em proveito próprio, concluindo que aqui se aplicariam os artigos 165.º e 500.º do CC. Contudo, no caso em apreço, a situação parecia diversa, podendo antes sustentar-se a aplicação do art. 800.º/1 CC, principalmente se se tiver em consideração os deveres de proteção da contraparte, suscetíveis de ser igualmente violados por atuação de um auxiliar do devedor, de acordo com a orientação que posteriormente iremos adotar. Contudo, remetemos a análise desta questão para o ponto II.C do presente capítulo, onde o mesmo será analisado com maior detalhe<sup>2231</sup>.

XIII. No caso decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 25.09.2012<sup>2232</sup>, a questão foi igualmente analisada, tendo-se concluído que a representação orgânica não se encontrava abrangida pelo regime constante do artigo 800.º do CC, porquanto os atos dos órgãos legais ou estatutários eram considerados como atos próprios da pessoa coletiva, pelo que a responsabilidade sempre seria por fato próprio.

O caso era o seguinte: o gestor de obra de uma empresa, que era trabalhador desta, contratou outra empresa para efetuar a aplicação de tetos numa obra, a qual realizou os trabalhos. Porém, quando apresentou a fatura, deparou com uma recusa de pagamento.

Ficou provado em tribunal que o trabalhador atuou como representante da ré, em nome desta, embora não se tivesse demonstrado a existência de poderes para a vincular. Foi concretamente dado como provado o seguinte:

---

<sup>2231</sup> No sentido da qualificação dos empregados bancários como auxiliares, cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Depósito bancário. Simulação, Falsificação, Burla*, ob. cit., p. 267. No caso, o gerente de um banco recebera, nessa qualidade, determinada quantia em dinheiro e, como representante do banco, emitiu o competente recibo.

<sup>2232</sup> Processo n.º 534/08.9TBAGD.C1, Relator Carvalho Martins, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

- a) O negócio foi celebrado por um trabalhador da ré, mas não um mero trabalhador: tratava-se do diretor de obra da ré nas casas onde os trabalhos foram realizados;
- b) Era este trabalhador que acompanhava, controlava e fiscalizava o andamento e a execução das obras;
- c) Em nome da ré, o trabalhador negociou um orçamento para a realização das obras e deu ordens para a empresa avançar, em conformidade com o orçamento apresentado.

Perante estes fatos, concluiu o Tribunal:

*“Criou, assim, a ré, ao pôr à frente da obra um trabalhador seu, com as funções de direcção da obra, uma aparência perante terceiros que, salvo melhor entendimento, é digna de tutela jurídica.”*

Assim, aquele trabalhador *“era a face visível da ré perante terceiros”*<sup>2233</sup>. E a tutela da confiança pode ter como efeito a preservação de uma posição que se alicerça nessa confiança, ou, em contrapartida, um dever de indemnizar<sup>2234 2235</sup>.

Todavia, não podemos concordar com o Tribunal quando conclui que a ré responde pela atuação do seu trabalhador, nos termos gerais dos artigos 258.º e seguintes do CC, concluindo que *a pessoa coletiva ficou vinculada pela atuação deste*. Na verdade, para que tal vinculação ocorresse, seria preciso demonstrar, a nosso ver, que o referido trabalhador gozava do poder de representação da ré para a contratação da empresa, o que não parece ter sido provado, até porque não havia quaisquer poderes de representação. Com efeito, o Tribunal limita-se a afirmar que só se o representante não tivesse poderes para obrigar a ré é que se poderia aplicar o artigo 268.º do CC, o que não seria o caso. Contudo, em momento algum se demonstrou a existência de tais poderes do referido trabalhador, antes pelo contrário: apesar de se tratar do *diretor de obra* da

---

<sup>2233</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 1249.

<sup>2234</sup> Sobre a tutela da confiança, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., pp. 1234 e seguintes.

<sup>2235</sup> Acerca da tutela da confiança, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 969 e seguintes. De salientar os pressupostos, cumulativos, para o funcionamento desta tutela, conforme explicitados pelo Autor na p. 971.

empresa, não teria o mesmo legitimidade para celebrar tais contratos em nome desta.

XIV. Relevante mostra-se ainda fazer uma referência ao disposto no artigos 6.º/5, 78.º e 79.º CSC:

*Artigo 78.º*

*1 - Os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.*

*(...)*

*Artigo 79.º CSC*

*1 - Os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções.*

*(...)*

XV. O art. 79.º do CSC consagra a responsabilidade dos gerentes, administradores ou diretores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros, pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções<sup>2236</sup>  
<sup>2237</sup> <sup>2238</sup>.

---

<sup>2236</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, Coordenação de António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2009, anotação ao artigo 79.º, pp. 278 e seguintes; CATARINA PIRES CORDEIRO, *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, em *Revista O Direito*, Ano 137.º, 2005, I, pp. 81 e seguintes; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal*, em *Questões de Direito societário em Portugal e no Brasil*, Coordenação de Fábio Ilhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 131 e seguintes, onde destaca, em especial, o dever de lealdade.

MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, Setembro de 2006, pp. 653 e seguintes. No Direito brasileiro, veja-se MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades no Direito Brasileiro*, em *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 89 e seguintes

<sup>2237</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., em especial as pp. 485 e seguintes.

Não se trata de responsabilidade por fato de outrem, mas antes de *responsabilidade por fato próprio*. Todavia, importa salientar que o gerente, administrador ou diretor atuam no âmbito de uma determinada pessoa coletiva, o que obriga a diferenciar entre:

- a) Deveres da pessoa coletiva;
- b) Deveres do próprio gerente, administrador ou diretor.

Segundo o entendimento maioritário na doutrina, o art. 79.º CSC consagra uma previsão de responsabilidade delitual<sup>2239</sup>, já que entre os sócios e os agentes não existe uma relação obrigacional<sup>2240</sup>. Não obstante, diversamente, se se tratar de responsabilidade por direitos sociais dos sócios, a responsabilidade é obrigacional<sup>2241</sup>.

XVI. Esta é uma responsabilidade que resulta da prática de um fato ilícito, culposo e danoso pelos administradores *no exercício das suas funções*, ou seja, “*durante e por causa da actividade de gestão e/ou representação social*”, sendo reconduzida por isso por Coutinho de Abreu a uma espécie de *responsabilidade orgânica*, no sentido de responsabilidade de um titular de órgão social no desempenho das suas funções<sup>2242</sup>. Requer assim um nexo direto entre a conduta e o dano<sup>2243</sup>.

---

<sup>2238</sup> Noutros domínios, veja-se LÉLIA GUIMARÃES CARVALHO RIBEIRO, *Responsabilidade dos administradores pelas dívidas laborais da sociedade comercial*, Lisboa, 2005, em especial as pp. 63 e seguintes, com referências ao artigo 78.º CSC.

<sup>2239</sup> Assim também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 485. Na p. 495, embora em relação ao art. 78.º CSC, acrescenta: ““As hipóteses de imputação obrigacional pressuporiam vínculos específicos, entre os administradores e os credores sociais, uns e outros nessa qualidade. Não existem: a personalidade das sociedades comerciais coloca as relações em causa, num plano diferenciado.”.

<sup>2240</sup> Assim, CATARINA PIRES CORDEIRO, *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, ob. cit., p. 93.

<sup>2241</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, ob. cit., p. 279; CATARINA PIRES CORDEIRO, *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, ob. cit., p. 93.

<sup>2242</sup> JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal*, ob. cit., p. 152.

<sup>2243</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, ob. cit., p. 675.

XVII. Havendo responsabilidade dos administradores, a sociedade também responde, sendo esta já uma *responsabilidade objetiva por fato de outrem*, como decorre do artigo 6.º/5 do CSC<sup>2244</sup>: “A sociedade responde civilmente pelos actos ou omissões de quem legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos comissários”<sup>2245</sup>. Assim, “Os actos praticados pelos titulares competentes projectam-se, automática e imediatamente, nas sociedades respectivas, através de vínculos de organicidade”<sup>2246</sup>.

Esta é uma norma muito importante, nos termos da qual a sociedade responde, civilmente, pelos atos das pessoas que a *representam*, nos mesmos termos que os comitentes respondem pelos comissários, ou seja, fazendo uma remissão para o artigo 500.º CC<sup>2247</sup>. No entanto, contrariamente ao Código Civil, o art. 6.º/5 CSC limita-se a referir os *comissários*, levando a doutrina interpretar *corretivamente*<sup>2248</sup> o preceito, em termos similares ao art. 165.º CC: “quanto a actos dos titulares dos órgãos, há responsabilidade directa; quando haja actos de representantes (voluntários, legalmente escolhidos e titulados), de mandatários ou agentes, a responsabilidade segue o esquema geral da comissão (500.º do CC), por via do 6.º/5.”<sup>2249</sup>.

---

<sup>2244</sup> JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal*, ob. cit., p. 153.

<sup>2245</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em anotação ao artigo 6.º do CSC, em *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, ob. cit., pp. 88 e seguintes.

<sup>2246</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em anotação ao artigo 6.º do CSC, em *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, ob. cit., p. 93, sublinhando que, não se encontrando no CSC normas sobre representação, são aplicáveis os artigos 192.º/1, 252.º/1, 405.º/2 e 996.º/1 do CC.

<sup>2247</sup> Considerando que o preceito se refere aos titulares dos órgãos sociais, cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal*, ob. cit., p. 156. O Autor salienta ainda que, apesar da remissão para o art. 500.º CC, os administradores não se encontram na dependência da sociedade.

<sup>2248</sup> Não aceitando a interpretação corretiva no ordenamento jurídico português, salvo em caso de lei oposta à ordem natural, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., pp. 426 e 427.

<sup>2249</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em anotação ao artigo 6.º do CSC, em *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, ob. cit., p. 93.

XVIII. No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.7.2012<sup>2250</sup> esta questão foi analisada. O caso era o seguinte: uma empresa forneceu, a crédito, diversa mercadoria a outra, a qual se inseria num grupo de empresas sólido e com boa reputação no mercado. Constatou-se posteriormente que os administradores da empresa em causa ocultaram aos fornecedores a situação financeira da mesma, nomeadamente a deliberação de liquidação, que nem sequer foi registada no registo comercial, tendo ainda participado em atos de dissipação do património. De seguida, a empresa apresentou-se à insolvência, quando já se encontrava praticamente descapitalizada<sup>2251</sup>.

Tanto a primeira instância como a Relação julgaram a ação procedente, responsabilizando os administradores, nos termos do artigo 79.º CSC, porquanto:

- a) Os réus – administradores – violaram diversas obrigações legais, destinadas a proteger interesses alheios, nomeadamente as obrigações resultantes dos artigos 145.º, n.º 2, 146.º, n.º 3 e 151.º, n.º 1, do CSC;
- b) Não procederam ao registo da deliberação de dissolução no prazo de dois meses, como determinado nos artigos 3.º, n.º 1, alínea r) e 15.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Registo Comercial;
- c) Violaram a obrigação geral de diligência e boa fé consagrada no artigo 762.º, n.º 2, do CC.

Em contrapartida, não foi aplicado o artigo 78.º CSC, uma vez que aqui a atuação dos administradores ou gerentes f imputada à própria sociedade, “*por via do nexo de organicidade*”, sendo à sociedade que incumbe indemnizar.

Aplicou-se antes o artigo 79.º CSC, uma vez que se verificou uma atuação ilícita dos administradores, causadora de danos a terceiros, sendo assim aqueles

---

<sup>2250</sup> Processo n.º 3306/08.7TBGDM.P1, Relator Rui Moura, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2251</sup> O Tribunal da Relação assinalou a estratégia da empresa, que consistiu no seguinte: ocultaram aos fornecedores a grave situação da empresa, aparecendo com uma boa imagem no mercado, devido à sua integração num grupo financeiro sólido. Não levaram ao registo a deliberação de dissolução da sociedade e continuaram em atividade, embora obedecendo a um plano, que incluía a cessação dos contratos de trabalho e a subcontratação das obras em curso, de forma à sua conclusão. Efetuaram o pagamento aos credores ditos mais *sensíveis*, ou seja, Estado, Segurança Social, trabalhadores e banca. Perante os fornecedores, ocultaram a situação e adiaram pagamentos.



diretamente responsabilizados, muito embora a sociedade também responda pela sua atuação, por via do nexo de organicidade.

XIX. Portanto, também neste âmbito há que diferenciar, por um lado, entre a atuação dos representantes *orgânicos* da sociedade, diretamente imputada a esta, em face da atuação dos seus *auxiliares* e *comissários*, pela qual a sociedade responde, igualmente, mas por fato de outrem.

*Responsabilidade do devedor por culpa in eligendo, por culpa in instruendo e por culpa in vigilando*

I. A lógica inerente à responsabilidade por fato de outrem não é estranha a outras situações igualmente previstas no nosso sistema de responsabilidade civil. Trata-se fundamentalmente da ideia de introdução de fatores que beneficiam o agente na relação com terceiros, justificando-se, nessa estrita medida, a imputação ao agente dos danos sofridos por estes terceiros em consequência daqueles fatores.

Quando nos referimos a “fatores”, podemos estar a pensar no auxiliar do devedor no cumprimento, mas não só. Encontram-se inseridos nesta categoria outras situações, inclusivamente de responsabilidade delitual, como é o caso da responsabilidade por danos causados por edifícios ou outras obras (artigo 492.º CC), bem como no caso de danos resultantes de animais (artigos 493.º CC).

Parece-nos pacífico que não se pode falar em responsabilidade objetiva por fato de outrem quando o agente responsável tenha praticado, ele próprio, um fato ilícito e culposo. Nesse caso, não se poderá reconduzir o problema à responsabilidade por fato de outrem, tratando-se antes de responsabilidade por fato próprio<sup>2252</sup>.

---

<sup>2252</sup> Assim também FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 516.

Por outro lado, o artigo 800.º CC constitui um desvio à regra de que a responsabilidade do devedor assenta na culpa<sup>2253 2254</sup>. Por esse motivo, quando haja culpa do devedor, não é esta a norma cuja aplicação deve ser suscitada<sup>2255</sup>. No mesmo sentido, o projeto de Vaz Serra estabelecia, no proposto artigo 1.º, n.º 7, o seguinte dispositivo: “Quando o devedor ... tiver culpa na escolha, vigilância ou orientação do auxiliar ou na entrega de meios com que este há-de cumprir, observam-se as regras gerais aplicáveis”<sup>2256 2257</sup>.

II. Escrevia Guilherme Moreira que “A responsabilidade civil póde dar-se, pela relação que haja entre determinadas pessoas, pelo fato ilícito doutrem, quando elle seja praticado em virtude da culpa ou negligencia que houve na escolha do seu auctor para certos serviços ou commissões, ou em o vigiar ou dirigir.”<sup>2258</sup>. Contudo, apesar desta afirmação, o próprio Autor reconhecia que se trataria então de responsabilidade subjetiva, assente na culpa daquele que cometera uma falta na escolha, instrução ou vigilância de outrem<sup>2259</sup>.

---

<sup>2253</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., pp. 248 e 249.

<sup>2254</sup> Parecendo contestar esta ideia, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit. p. 184 e nota 142, considera que o n.º 2 do artigo 483.º “manifesta uma intenção restritiva nítida relativamente à responsabilidade sem culpa”, “O que é completamente diferente de dizer que esses casos são excepcionais no direito português”, argumentando ainda que “o simples fato de se poder falar no princípio ubi commodum, ibi incommoda nega essa excepcionalidade, entendida materialmente”. Nesta linha, conclui que não existe uma enumeração taxativa de responsabilidade objetiva, mas antes uma “tipologia delimitativa”.

<sup>2255</sup> Neste sentido, também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 251.

<sup>2256</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 267, salientando que, por corresponder aos termos gerais, esta responsabilidade não carece de constar prevista expressamente na lei.

<sup>2257</sup> Segundo ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 261, é esse o caso que se verifica no âmbito da responsabilidade dos donos de hotéis e albergues pelos furtos ocorridos no seu interior é subjetiva, advém de uma falta pessoal. Com efeito, ainda que o fato seja praticado por um terceiro, alheio ao estabelecimento, é devido à ausência de vigilância que o furto ocorre.

<sup>2258</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 604.

<sup>2259</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, ob. cit., p. 605, embora admitindo que, nalguns casos excepcionais, o Código de Seabra admitia a responsabilidade por fato de outrem sem culpa, como era o caso do artigo 2380.º.

III. Também pode acontecer que, numa obrigação, ainda que infungível, o devedor recorra à ação de auxiliares, situação que a lei permite, desde logo no n.º 4 do artigo 264.º do CC. Neste caso, o recurso ao auxiliar é lícito, mas ainda assim pode haver responsabilidade do devedor se este tiver escolhido mal o auxiliar (*culpa in eligendo*), se tiver dado instruções inadequadas ou insuficientes (*culpa in instruendo*) ou se não tiver exercido a adequada vigilância (*culpa in vigilando*).

Trata-se de uma responsabilidade por fato próprio<sup>2260</sup>, alheia, portanto, à ação do auxiliar. Veremos melhor esta situação no capítulo seguinte.

IV. Segundo Jordano Fraga, no caso da responsabilidade subjetiva do devedor pelos seus auxiliares, afigura-se necessário que estes atuem com um *nexo de dependência* em relação àquele<sup>2261</sup>. Com efeito, defende este Autor que, para que haja culpa do devedor, é relevante que este tenha a possibilidade de controlo da atuação do auxiliar, bem como que possa em relação a este emitir ordens e instruções.

Não acompanhamos esta posição. Com efeito, no domínio obrigacional, o devedor pode ter culpa na escolha do auxiliar mesmo que não haja qualquer relação de dependência entre ambos: p.ex., pense-se no empregador que contratou uma empresa para instalar medidas de segurança na sua empresa, tendo optado por uma empresa com má reputação no mercado ou que era conhecida por falhas no trabalho prestado. Ou ainda na hipótese de ter sido o próprio devedor a falhar nas instruções dadas, designadamente nos locais de instalação das medidas de segurança. Nesta hipótese, não existe qualquer relação de subordinação entre o devedor e a empresa por este contratada, e, não obstante, constata-se uma situação de responsabilidade subjetiva, por fato próprio do devedor, nos termos do art. 798.º CC.

---

<sup>2260</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 681.

<sup>2261</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 141.

V. Vejamos agora, ainda que sucintamente, os casos em que o Direito civil recorre à técnica da presunção de culpa.

A norma que mais se destaca nesta matéria é o artigo 491.º do CC, que contém um regime de responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa<sup>2262</sup>, nos termos do qual:

*As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.*

Esta é uma das normas mais importantes, discutindo-se inclusivamente a natureza desta responsabilidade<sup>2263</sup>. Com efeito, embora prevista em sede extracontratual, a norma refere a responsabilidade de uma pessoa que se encontra obrigada à vigilância de outra, por lei ou por negócio jurídico. Assim, a responsabilidade é delitual na medida em que se visa a indemnização dos

---

<sup>2262</sup> Rejeitando expressamente que se trate de responsabilidade objetiva, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 289.

<sup>2263</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 584 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 288 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 575 e seguintes. Especificamente sobre a parte final e a relevância da causa virtual, FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 73 e seguintes, e, do mesmo Autor, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra editora, 1955, pp. 52 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 589 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 331 e seguintes. Pronunciando-se pela excepcionalidade dos artigos 491.º, 492.º e 493.º CC, cf. PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DECARVALHO, *Omissão e dever de agir em Direito civil. Contributo para uma teoria da responsabilidade civil por omissão*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 231; ANTUNES VARELA, *Rasgos inovadores do Código Civil Português de 1966*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume 48, pp. 77 e seguintes. Salientando que “Todas as omissões de deveres contratuais referidas como fundamento da responsabilidade delitual do devedor perante um terceiro mantêm a inversão do ónus da prova da negligência característica da responsabilidade contratual”, referindo os artigos 491.º a 493.º do CC, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 324 e 325.

danos causados pelo vigiado a terceiro<sup>2264</sup>, e não dos danos sofridos pelo próprio vigiado.

Esta responsabilização decorre de uma presunção de culpa, ainda que suscetível de afastamento e com relevância negativa da causa virtual<sup>2265</sup>. Portanto, o agente responde, por fato próprio, que a lei presume<sup>2266</sup>.

Pode acontecer que o obrigado à vigilância recorra a auxiliares, com vista ao cumprimento do seu dever. Nesse caso, julgamos que nada obsta à aplicação, conjunta, dos artigos 491.º e 800.º/1 do CC, de forma a responsabilizar o obrigado à vigilância pela atuação culposa dos seus auxiliares. Aqui, a presunção de culpa será igualmente aplicável à atuação dos auxiliares de cumprimento, em termos similares ao artigo 799.º CC.

VI. Por seu turno, de acordo com o artigo 492.º CC:

1. *O proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos.*

2. *A pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra responde, em lugar do proprietário ou possuidor, quando os danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação.*

Estamos aqui diante de uma outra previsão de responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa<sup>2267</sup>, que recai sobre o proprietário ou

---

<sup>2264</sup> Assim ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 576.

<sup>2265</sup> Sobre o tema, cf. também PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 639 e seguintes.

<sup>2266</sup> Em sentido contrário, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 1039, nota 3, afirma que se trata de um “caso de responsabilidade por facto alheio”.

<sup>2267</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 586; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 289 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 578 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 589 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 333 e seguintes.

possuidor do edifício<sup>2268</sup>. Em princípio, a responsabilidade é delitual, atendendo a que o lesado não terá, à partida, qualquer relação obrigacional com o agente. O seu fundamento será não obstante a violação de deveres a observar na construção e na conservação de edifícios ou outras obras<sup>2269</sup>.

Este preceito contém uma presunção de responsabilidade – ou melhor, de culpa<sup>2270</sup> – pelos danos resultantes de certas coisas, em consequência do presumido incumprimento dos deveres de segurança por parte daqueles que delas tiram proveito. Trata-se aqui de obrigação *propter rem*<sup>2271</sup>, na medida em que, em virtude da titularidade do direito real, se assume a obrigação de providenciar pela segurança da coisa para com terceiros<sup>2272</sup>.

Esta obrigação existe no caso do proprietário e do usufrutuário, sendo discutível no caso do arrendamento e do comodato. Nestes casos, podem as partes regular quem fica encarregado da segurança de terceiros<sup>2273</sup>.

A transmissão a terceiro de um dever que é imposto legalmente ao proprietário pressupõe que esse terceiro possa, de igual modo, beneficiar das vantagens que a coisa proporciona. Com Pedro Múrias, não sendo assim, não parece que se deva aceitar a desoneração do obrigado através da transmissão

---

<sup>2268</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 290. O Autor pronuncia-se ainda no sentido de que o lesado não terá de demonstrar que existia um vício de construção ou um defeito de conservação para aplicar a presunção.

<sup>2269</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 290.

<sup>2270</sup> Salientando as diferenças ou “*flutuações de linguagem*” entre os artigos 491.º, 492.º e 493.º, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 580.

<sup>2271</sup> Sobre as obrigações *propter rem*, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 79 e seguintes; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 103 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 1993, pp. 233 e seguintes; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2010, pp. 183 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 83 e seguintes.

<sup>2272</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 580, refere a existência de uma “*clara obrigação de prevenir o perigo dos desmoronamentos*”, cujo conteúdo será variável em função das circunstâncias.

<sup>2273</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 183.

do dever a terceiro<sup>2274</sup>. Assim, admitir que seja o locatário ou o comodatário a responder nos termos do artigo 492.º constitui um desvio ao princípio geral, justificado pela circunstância de estes beneficiarem da coisa, ou, como refere aquele autor, “pela ligação entre domínio e dever de segurança”<sup>2275</sup>.

Pode questionar-se qual a natureza da responsabilidade no caso de o edifício ruir e, em consequência disso, o arrendatário que nele habitava sofrer danos na sua pessoa. Parece que neste caso a responsabilidade já poderia ser obrigacional, porquanto haverá incumprimento das obrigações do senhorio (artigo 1031.º CC).

Tal como no ponto anterior, caso a pessoa obrigada por lei ou por negócio jurídico recorra a auxiliares no cumprimento dos seus deveres, nomeadamente quanto à construção ou à conservação da obra, parece-nos que se aplicará igualmente a presunção de culpa constante deste artigo 492.º, em conjugação com o artigo 800.º/1 do CC.

VII. Igualmente relevante é o artigo 493.º CC:

1. *Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.*
2. *Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.*

As observações anteriores são aplicáveis em relação ao artigo 493.º do CC, ainda que a doutrina manifeste dúvidas fundadas acerca desta imputação,

---

<sup>2274</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 184.

<sup>2275</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 184.

nomeadamente quanto à sua natureza subjetiva<sup>2276</sup>. Com efeito, alguns autores apontam para a caracterização da responsabilidade como objetiva ou subjetiva numa questão de grau, o que resulta desde logo da existência de situações limite, como aquelas em que se consagram presunções de culpa – sendo certo que por vezes se trata de verdadeiras presunções de ilicitude, como parece ser o caso previsto no artigo 493.º/1 CC<sup>2277</sup>.

Neste sentido se pronuncia, p.ex., José Alberto González: *“Na verdade, a instituição de responsabilidade subjetiva com culpa presumida ou a imposição de deveres de cuidado muito rigorosos para sindicar a negligência, aproxima esta espécie de responsabilidade à responsabilidade pelo risco (o que é especialmente evidente numa hipótese como a prevista no artigo 493.º, n.º 2, Cód. Civil). Pode afirmar-se com propriedade, por isso, que a responsabilidade civil é mais ou é menos objectiva ou é mais ou é menos subjetiva”*<sup>2278</sup>.

Já para Menezes Leitão, o n.º 1 consiste numa previsão de responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa em relação à inobservância de um dever de segurança no tráfego<sup>2279</sup>. Quanto à responsabilidade prevista no n.º 2 do art. 493.º *“parece ser estabelecida a um nível mais objectivo”*: não permite a relevância negativa da causa virtual e atende a um critério de culpa levíssima<sup>2280</sup>.

---

<sup>2276</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 586 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 582 e seguintes, considerando, a p. 584, que se trata de uma *“presunção de ilicitude”*; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 589 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 336 e seguintes.

<sup>2277</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 291 e seguintes.

<sup>2278</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 24.

<sup>2279</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 292.

<sup>2280</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 293.



VIII. É de salientar que a responsabilidade por culpa *in eligendo* pode igualmente ter lugar no âmbito contratual, como se retira desde logo do disposto no âmbito do contrato de depósito, no artigo 1197.º CC<sup>2281</sup> 2282:

*Se o depositário, devidamente autorizado, confiar por sua vez a coisa em depósito a terceiro, é responsável por culpa sua na escolha dessa pessoa.*

O depósito consubstancia um contrato real, através do qual o depositante entrega uma coisa ao depositário, com vista a que este a guarde, sem se dela

---

<sup>2281</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 439 e seguintes, salientando que se trata de um contrato *intuitu personae*. Cf. também PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 851 e seguintes.

<sup>2282</sup> Há outros casos importantes a assinalar, nomeadamente no âmbito do transporte aéreo, vigora, a nível internacional, em que o art. 17.º da Convenção de Varsóvia de 1929 estabelece que ao passageiro compete somente demonstrar o dano, presumindo-se a culpa da transportadora. Por sua vez, o art. 20.º determina que a transportadora é exonerada da sua responsabilidade se demonstrar que tanto ela como os seus propositos tomaram todas as medidas necessárias para evitar o prejuízo, ou que lhes era impossível evitá-lo. Sobre o tema, cf. NUNO CALAIM LOURENÇO, *A limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional no transporte de pessoas – de Varsóvia a Montreal*, ob. cit., pp. 458 e seguintes, que assinala duas interpretações acerca deste preceito: 1) interpretação restrita, nos termos da qual o transportador deve demonstrar que ele e os seus propositos tomaram, concretamente, todas as medidas necessárias e adequadas a evitar o dano; 2) interpretação ampla, para a qual o transportador é exonerado desde que demonstre ter atuado com a *due diligence* de um bom transportador, ou seja, basta demonstrar que se certificou do estado de navegabilidade da aeronave, da competência técnica da tripulação e das condições meteorológicas que se iriam verificar durante o transporte. Trata-se, como a doutrina tem entendido, de *responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do transportador*. Este regime sofreu algumas alterações com o Protocolo de Haia de 1955: a) o art. 25.º-A, que estende a aplicação dos limites da responsabilidade aos agentes do transportador que se encontrem no exercício das suas funções; b) a nova redação do art. 25.º deixa de referir o dolo e a culpa equiparável, para falar em ação ou omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com consciência de que desse facto resultaria um dano. Já a Convenção de Montreal de 1999 estabelece um regime de responsabilidade com traços objetivos, consagrando um princípio geral da responsabilidade da transportadora pelos danos causados aos passageiros, bagagens e mercadorias por si transportadas. Sobre esta Convenção, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *A Convenção de Montreal sobre o transporte aéreo internacional*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, pp. 197 e seguintes e NUNO CALAIM LOURENÇO, *A limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional no transporte de pessoas – de Varsóvia a Montreal*, ob. cit., pp. 481 e seguintes. De acordo com o art. 17.º/1, a transportadora responde, dentro de certos limites, em termos objetivos, pelos danos sofridos por terceiros em consequência de determinados factos, contrariamente à Convenção de Varsóvia, que adotava um sistema de culpa presumida. Acerca deste contrato, cf. HUGO RAMOS ALVES, *Em tema de direitos dos passageiros no contrato de transporte aéreo*, em AAVV, *Estudos de Direito Aéreo*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 297 e seguintes.

servir<sup>2283</sup>. O depositário tem, assim, a custódia da coisa, donde resultam essencialmente duas obrigações:

- a) Obrigação de guardar a coisa;
- b) Obrigação de restituir a coisa.

Ora, de acordo com o artigo 1198.º CC<sup>2284</sup>:

*O depositário pode socorrer-se de auxiliares no cumprimento das suas obrigações, sempre que o contrário não resulte do conteúdo ou finalidade do depósito.*

Uma coisa é, então, o recurso a auxiliares, tal como previsto no art. 1198.º, caso em que tem plena aplicação o art. 800.º/1 do CC; situação diversa é a prevista no art. 1197.º CC, uma vez que aqui ocorre uma substituição da pessoa do devedor por terceiro, razão pela qual aquele pode apenas ser chamado a responder por culpa própria, concretamente culpa *in eligendo*<sup>2285</sup>.

IX. Façamos um ponto de comparação com a situação vigente noutros ordenamentos jurídicos. Em Espanha, o CCE determina, no seu artigo 1783.º, que se considera existir um contrato de depósito necessário em relação aos bens introduzidos pelos viajantes nas estalagens ou hotéis, sendo os seus proprietários responsáveis pela perda de tais bens, enquanto depositários, desde que lhes tenha sido dado conhecimento dos mesmos, ou aos seus funcionários, e desde que os viajantes tenham adotado os procedimentos adequados à vigilância de tais bens.

O artigo 1784.º CCE estende esta responsabilidade aos danos provocados por empregados dos estalajadeiros, bem como por qualquer estranho, em relação a bens dos viajantes. Apenas se exclui a responsabilidade em caso de roubo à mão armada ou em caso de força maior.

---

<sup>2283</sup> Sobre a obrigação de guarda, cfr. RENÉ ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit Romain*, Bruxelas, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Boulevard du Jardin Botanique, 1987, p. 32 e seguintes.

<sup>2284</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 440.

<sup>2285</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 440.

Analizando este regime, Jordano Fraga considera que estamos diante de responsabilidade obrigacional, mas que não existe aqui qualquer contrato de depósito entre o hospedeiro e o cliente. Entende, ao invés, que se trata de uma obrigação legal, *“que tiene por partes al hospedeiro y a sus clientes, y que impone al primero el deber de suministrar a los segundos, en el ámbito espacial donde se desarrolla su actividad hostelera (empresarial, profesional), seguridad y vigilancia, tranquilidad, en suma, en cuanto a la conservación y integridade de las cosas que el cliente, introduciéndolas en el establecimiento hostelero, lleva consigo y aspira a mantener en su poder”*, havendo assim como que uma custódia indireta em relação a tais bens<sup>2286</sup>.

Há, no entanto, que diferenciar a natureza da responsabilidade do hoteleiro consoante o autor material do dano seja<sup>2287</sup>:

- a) Um dos seus empregados, caso em que existe, manifestamente, responsabilidade obrigacional indireta, por fato do auxiliar;
- b) Um estranho, que o devedor não introduziu na relação obrigacional, não sendo, nessa medida, seu auxiliar.

Para Jordano Fraga, trata-se de *“una responsabilidad contractual personal del hostelero deudor, que es consecuencia del carácter objetivo con que ésta se regula”*, sendo assim um *“riesgo profesional o empresarial del hostelero”*<sup>2288</sup>.

Pela nossa parte, não acompanhamos a orientação proposta por este Autor. Com efeito, se um terceiro estranho consegue entrar no estabelecimento e furtar um objeto de um cliente, tal deve-se, necessariamente, a um fato por parte dos auxiliares do devedor, neste caso será, à partida, um fato omissivo, pelo que o devedor responde ainda pelo fato do seu auxiliar, e não propriamente pelo ato do terceiro<sup>2289</sup>.

---

<sup>2286</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 337.

<sup>2287</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 339 e seguintes.

<sup>2288</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 340 e 341.

<sup>2289</sup> Aliás, apesar de fazer esta diferenciação, o próprio FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., acaba por referir, na p. 341, que a responsabilidade do hoteleiro *“es demostrativa, in re ipsa, de la negligencia – en la custodia indirecta – del hostelero deudor o de sus genuinos auxiliares de cumplimiento”*.

X. No Direito alemão, o BGB manteve a responsabilidade dos hoteleiros, que exercem esta atividade a título profissional, no seu § 701. Esta responsabilidade abarca qualquer atividade hoteleira exercida profissionalmente, mesmo que se trate de uma pensão de família<sup>2290</sup>.

Para Enneccerus, trata-se não de uma responsabilidade obrigacional, mas antes de responsabilidade legal, que emana da introdução das coisas no espaço detido pelo hoteleiro, a partir do momento em que este ou os seus funcionários dão o seu assentimento a essa introdução<sup>2291</sup>. Assim, o fato relevante é que o hóspede seja *recibido* para alojamento, pelo hoteleiro ou por um funcionário seu, independentemente da celebração de um contrato válido de hospedagem<sup>2292</sup>.

Afigura-se-nos algo contraditória a qualificação desta responsabilidade como legal, em simultâneo com a afirmação de que *“en el hecho de recibir estas cosas va implícita la declaración tácita de tratarlas provisionalmente como cosas de un huésped recibido y de garantizar la seguridad correspondiente”*<sup>2293</sup>.

A responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa é excluída, nos termos do ponto 3) do § 701, caso resulte de atuação do próprio hóspede ou de pessoa que o acompanhe ou por ele recebida, nem se o mesmo resulte da qualidade da própria coisa ou de caso de força maior.

De referir ainda que esta responsabilidade, *quando objetiva*, é limitada no § 702 BGB, limitação que não se aplica em caso de atuação culposa do próprio devedor ou dos seus auxiliares de cumprimento.

XI. Concluindo este ponto, dir-se-á o seguinte:

---

<sup>2290</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 371.

<sup>2291</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 370.

<sup>2292</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 372, salientando, na nota 5, que não é indispensável que se pernoite no hotel.

<sup>2293</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 372.

- a) A responsabilidade objetiva do devedor por fato de outrem pressupõe a introdução lícita de um terceiro no esquema obrigacional;
- b) Quando tal introdução do terceiro não seja lícita, verifica-se responsabilidade direta, do devedor, por fato próprio;
- c) Tal responsabilidade direta do devedor é também afirmada nos casos de culpa *in eligendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*, estabelecidos nalgumas normas legais, tanto a nível delitual como obrigacional.

#### *Atuação lícita de terceiros no âmbito de uma obrigação fungível*

I. Se é o devedor quem se encontra obrigado perante o credor a realizar a prestação, a verdade é que a legitimidade para o cumprimento o ultrapassa, abrangendo tanto os representantes (legais e voluntários) como os terceiros, com interesse ou não no cumprimento<sup>2294</sup>.

Com efeito, por via de regra, a obrigação é fungível, podendo o devedor fazer-se substituir por terceiros no cumprimento – artigo 767.º CC. No entanto, o artigo 800.º exige que seja o devedor a realizar a prestação, com recurso a auxiliares, tanto do ponto de vista material, como jurídico<sup>2295</sup>. Este auxílio pode ocorrer quer nas prestações fungíveis, quer nas infungíveis.

II. Em regra, a obrigação é fungível, o que significa que pode ser executada pelo próprio devedor, bem como por um terceiro, nos termos do art. 767.º do CC<sup>2296</sup>. Quando a obrigação é fungível, o credor não pode recusar a prestação realizada por terceiro. Neste caso, porém, o terceiro não se considera

---

<sup>2294</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 64.

<sup>2295</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 249.

<sup>2296</sup> Cf. também no Direito alemão, o disposto no § 267 do BGB. Assim, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

auxiliar do devedor, pelo que não será de aplicar aqui o artigo 800.º, n.º 1, do CC.

Neste sentido, em Itália, Bianca considera que não se inclui no conceito de auxiliar, para efeitos da aplicação do artigo 1228.º CCI, o caso da prestação realizada por iniciativa de terceiro. De acordo com esta perspetiva, o devedor apenas aproveita a atuação do terceiro na medida em que esta o aproveite, i.e., contanto que seja conforme à prestação devida, mas não responderá pela atuação culposa do terceiro, “*salvo che il creditore accetti la prestazione inesatta*”.

Este entendimento, à primeira vista, não parece fazer muito sentido, uma vez que faz depender a responsabilidade do devedor de *um ato do credor*, ou seja, a aceitação da prestação oferecida pelo terceiro. Poderia dizer-se que tal seria oposto à essência do art. 800.º/1 do CC: o devedor responde pelos atos das pessoas que, *voluntariamente, introduziu* no cumprimento, não havendo motivo para que respondesse por um terceiro que se imiscuiu nesse cumprimento, ainda que com a aceitação do credor. Vejamos um pouco melhor este ponto.

III. Contrariamente ao que acontece no caso do auxiliar de cumprimento, o terceiro atua aqui por vontade própria: ele não é introduzido no cumprimento pelo devedor<sup>2297</sup>. Ora, terceiro, como indica Pessoa Jorge, é “*todo aquele que não ocupa, no momento do cumprimento, a posição de devedor*”, devendo a prestação ser fungível e o terceiro saber que está a pagar uma dívida alheia<sup>2298 2299</sup>. Por isso, embora o terceiro atue aqui como substituto do devedor, não parece que este possa ser responsabilizado nos termos do artigo 800.º/1 do CC, precisamente por faltar a introdução voluntária, pelo próprio devedor, do terceiro na execução.

IV. Destarte, se um terceiro, espontaneamente, realizar a prestação perante o credor, sem que para a sua intervenção se verifique a iniciativa do

---

<sup>2297</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

<sup>2298</sup> Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito civil*, ob. cit., p. 498.

<sup>2299</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 329.

próprio devedor, não responde este pela atuação daquele nos termos do artigo 800.º/1 do CC. Neste caso, não se pode falar em auxiliar de cumprimento<sup>2300</sup>.

De referir ainda que a realização da prestação pelo terceiro pressupõe o *animus solvendi debiti*, sob pena de eventual aplicação do instituto do enriquecimento sem causa ou repetição do indevido – artigo 477.º e 478.º.

V. A doutrina alemã sustenta que o terceiro que realiza a prestação responde pelos seus próprios auxiliares de cumprimento. Isto faz sentido porque, como assinalam Esser e Schmidt, o credor é obrigado a aceitar a prestação realizada por terceiro – quando a obrigação é fungível, nos termos do § 267 do BGB – pelo que não poderia deixar de se aplicar o § 278 a este caso<sup>2301</sup>.

Parece-nos também que a solução deverá ser idêntica em Portugal, respondendo o terceiro pela atuação dos seus próprios auxiliares. No entanto, tal não pode decorrer de uma aplicação direta do art. 800.º/1 do CC, uma vez que o terceiro, por definição, não é devedor e, por outro lado, também não foi introduzido pelo devedor... Restará assim optar por uma de duas vias:

- a) Aplicar o art. 800.º/1 CC, por interpretação extensiva ou analogia<sup>2302</sup>;
- b) Aplicar o seu homólogo no âmbito delitual, ou seja, o art. 500.º CC: o terceiro responderá pela atuação do seu comissário, dele dependente, pelos danos causados no exercício da função que lhe foi atribuída.

VI. Ainda que com dúvidas, parece-nos que a melhor solução é a primeira, embora não sem adiantar que uma conclusão definitiva depende da natureza do art. 800.º/1 CC como norma excecional ou não, problema que será posteriormente analisado. Não obstante, sempre se pode adiantar desde já o seguinte:

---

<sup>2300</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 95.

<sup>2301</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 96.

<sup>2302</sup> Acerca da diferença entre uma e outra, cf.: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral*, ob. cit., pp. 423 e 433 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 725 e seguintes e 737 e seguintes.

- a) O terceiro que, voluntariamente, se imiscui na obrigação alheia, atua *como se fosse o devedor*;
- b) Por isso, o interesse que aqui pode, eventualmente, ser violado, é o interesse do credor, o direito de crédito enquanto tal;
- c) Pelo que não está em causa a violação de um direito absoluto, não se encontrando justificação para o recurso ao art. 500.º;
- d) Em contrapartida, apesar da ausência de uma relação obrigacional entre o credor e o terceiro, a verdade é que existe aqui atuação da autonomia privada: por um lado, a atuação voluntária do terceiro, que oferece uma prestação que não deve ao credor; e, por outro, a atuação do próprio credor, que recebe essa mesma prestação;
- e) Por esta razão, a atuação voluntária do terceiro e do credor tem de ter consequências no âmbito obrigacional: sendo certo que o terceiro não fica, por este meio, *obrigado a cumprir*, também é verdade que o fato de o fazer com a concordância do credor tem de ter uma consequência similar à que teria se tal obrigação existisse;
- f) Razão pela qual nos parece que, na ausência de uma norma expressa nesse sentido, se justifica plenamente aplicar, por analogia, o art. 800.º a tal caso, responsabilizando o terceiro pela atuação dos seus auxiliares;
- g) Um argumento adicional pode ser obtido com base na evolução histórica e no Direito comparado: mesmo na ausência de uma norma expressa, a doutrina sempre foi unânime em considerar o devedor responsável pela atuação dos seus auxiliares de cumprimento; do mesmo modo, deve tal raciocínio aplicar-se a um terceiro que, voluntariamente, se imiscui no cumprimento de obrigação alheia.

VII. Por fim, refira-se que, seguindo o critério de Brandão Proença, enquanto no artigo 767.º CC há uma pessoa ou entidade distinta, no artigo 800.º/1 CC pode falar-se numa *unidade de cumprimento*, não se identificando



qualquer diferença entre a atuação do devedor e a do seu representante legal ou auxiliar<sup>2303</sup>.

Acresce que o cumprimento por terceiro pode dar azo à transmissão do crédito para esse terceiro, o que não sucede em caso algum no artigo 800.º/1 CC.

#### *Danos decorrentes de máquinas ou coisas sob o controlo do devedor*

I. Pergunta-se se o devedor responde pelos danos causados ao credor por coisas que ele utiliza no cumprimento. O problema pode colocar-se com frequência: por exemplo, será que o devedor responde pelos serviços de caixa automáticos, utilizados pelos bancos? A empresa de estética responde por uma falha na máquina de *laser* ou qualquer outra máquina que utiliza nas suas clientes? O ginásio responde por uma falha mecânica do aparelho de musculação que um cliente estava a utilizar?

Em princípio, o devedor responde pelos auxiliares, mas não necessariamente pelas coisas ou máquinas que se encontram sob o seu domínio<sup>2304</sup>. A razão de ser parece ser, à primeira vista, simples e lógica: pessoas não são coisas, não podendo de forma alguma estas ser consideradas na previsão do art. 800.º/1 do CC.

II. Não parece no entanto ser essa a posição de Vaz Serra, que sustentava que, assim como o devedor respondia pelas coisas materiais e pelas máquinas que utilizava, devia igualmente responder pelos auxiliares<sup>2305</sup>. Com efeito, para

---

<sup>2303</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 65.

<sup>2304</sup> Contudo, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 208, aventa, a propósito da comissão, que, “a interpretação do instituto no sentido de uma responsabilidade objectiva pelo próprio círculo de vida (*Verantwortlichkeit für das eigene Lebensbereich*) deveria coerentemente prescindir da imputação do dano ao comissário e estender-se também aos danos provocados por coisas do domínio do seu titular”.

<sup>2305</sup> Neste sentido, cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, ob. cit., pp. 260 e 261.

este Autor, o devedor obriga-se a atingir um resultado, pelo que não sendo esse resultado obtido, o devedor teria de responder perante o credor. O devedor simplesmente assumiu o dever de atingir o resultado esperado, pelo que responde pelo fato de não o alcançar, independentemente da razão pela qual tal não aconteceu.

III. Inexiste no ordenamento jurídico português uma “*disposição legal consagrada de uma responsabilidade objectiva do detentor da coisa (instrumentos de produção, máquinas, instalações) pelos danos dela provenientes. A chamada culpa de organização (Organisationsverschulden), por exemplo, que tem servido para imputar um dano à empresa apesar de não se provar a culpa individual de qualquer um dos seus elementos, camufla frequentemente a responsabilidade objectiva do detentor da organização na veste do princípio da culpa*”<sup>2306</sup>.

Coloca-se a questão de saber se a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares pode ser aplicada, *diretamente ou por analogia*, aos casos em que o devedor utiliza, para a execução da prestação, máquinas, engenhos ou qualquer componente tecnológico<sup>2307</sup>.

Naturalmente, que, a admitir este tipo de responsabilidade, não seria já na base de uma responsabilidade indireta, já que aqui não haveria uma pessoa que tivesse causado, materialmente, o dano, mas antes uma responsabilidade direta do devedor.

IV. Em Espanha, Jordano Fraga rejeita este entendimento, invocando que o auxiliar, por definição, tem de ser uma pessoa, física ou coletiva. Por isso, a norma em questão não pode ser aplicada, nem diretamente, nem por analogia. Contudo, a seu ver, o problema estará em saber se, na base da responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares não estará a ideia de que o devedor deve responder pelo emprego de todos os meios de cumprimentos que escolha, não apenas os meios pessoais, como também os meios de cumprimento

---

<sup>2306</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 209.

<sup>2307</sup> Sobre o tema, cf. JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., pp. 98 e seguintes.

materiais<sup>2308</sup>, o que poderia conduzir a uma extensão da própria *ratio* deste regime a outros casos.

O Autor admite assim que o devedor responda quando se verifica uma falha mecânica ou tecnológica, condicionada por uma falha humana, invocando como argumento o disposto no artigo 1104.º CCE, nos termos do qual o devedor se encontra obrigado a prestar de acordo com a diligência necessária em função das pessoas, tempo e lugar, ou, na falta de indicação destes critérios, de acordo com o critério do bom pai de família<sup>2309</sup>.

V. Por seu turno, alguma doutrina alemã tem vindo a sustentar a aplicação analógica do princípio contido no § 278 BGB, com base numa interpretação atualista da norma<sup>2310</sup>, ou mesmo com base em analogia<sup>2311</sup>. Tratar-se-ia de criar um novo princípio de responsabilidade objetiva, baseado no risco, cuja fundamentação seria obtida em termos analógicos do princípio consagrado no § 278 BGB<sup>2312</sup>. Também Karl Spiro partilha este entendimento, considerando que o devedor responde pelo mau funcionamento dos aparelhos, do mesmo modo que responde pela má execução do seu auxiliar, sendo a máquina uma espécie de *auxiliar mudo* do devedor<sup>2313 2314</sup>. Naturalmente que não se chega a equiparar a máquina ao auxiliar, que é uma pessoa. Contudo, a extensão do regime às máquinas baseia-se na ideia de que se o devedor opta por pagar as despesas inerentes à utilização de máquinas, em vez dos encargos com pessoal, então também deve responder pelo risco quando a máquina falhe.

---

<sup>2308</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 153.

<sup>2309</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 153 e 154.

<sup>2310</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, em *Juristische Schulung*, 1989, Heft 11, p. 900.

<sup>2311</sup> Sobre a questão, cf. MARTIN JOSEF SCHERMAIER, §§ 276-278, em MATHIAS SCHMOECKEL / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: §§ 241-304, ob. cit., p. 1167, pronunciando-se em sentido negativo, uma vez que a máquina, mesmo no atual estado da tecnologia, não é um sujeito, pelo que não pode agir culposamente.

<sup>2312</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, pp. 156 e 157, considerando que, tanto no caso dos auxiliares como no das máquinas, a sua utilização decorre da iniciativa do devedor, sendo o credor alheio a tal opção.

<sup>2313</sup> WERNER SUNDERMANN, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 469.

<sup>2314</sup> KARL SPIRO, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., pp. 210 e 211.

VI. Criticando esta tese, Werner Sundermann considera-a totalmente insólita, desde logo pelo simples fato de a máquina ser insuscetível de uma conduta culposa, o que por si só inviabiliza toda e qualquer aplicação do § 278 do BGB. Para este Autor, os problemas decorrentes de utilização de máquinas dão origem, simplesmente, a responsabilidade contratual direta do devedor; portanto, para responsabilizar o devedor não é necessário ficcionar que a máquina é um auxiliar mudo, pois este, ao vincular-se à obrigação, garante o bom estado e funcionamento dos aparelhos a que recorra<sup>2315</sup>.

De igual modo, Esser e Schmidt também se pronunciam contra a aplicação, por analogia, do § 278 do BGB às falhas de máquinas utilizadas pelo devedor<sup>2316</sup>. Falhas técnicas não são assim comparáveis ao comportamento humano<sup>2317</sup>.

VII. Por sua vez, Manfred Wolf parte do princípio de que, com a evolução dos métodos de produção, a força do trabalho humano foi progressivamente sendo substituída por máquinas, de tal forma que hoje em dia encontramos fábricas e empresas totalmente automatizadas<sup>2318</sup>. Ora, sendo as máquinas tão pouco infalíveis como os humanos, coloca-se a questão de saber se o devedor responde pelas falhas das máquinas, assim como responde pelas falhas de execução dos seus auxiliares<sup>2319</sup>.

O problema assume particular importância se pensarmos, na linha de Wolf, nos casos em que intrusos conseguem entrar no sistema informático de um banco e, com base em falhas do sistema informático, fazem desvios de quantias consideráveis pertencentes aos clientes, que podem até conduzir à insolvência da empresa<sup>2320</sup>. Nestes casos, afirma: "*da die Automaten im*

---

<sup>2315</sup> WERNER SUNDERMANN, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., p. 469.

<sup>2316</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 98.

<sup>2317</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 98, acrescentando que o risco deve ser evitado por meio de cuidados de utilização e de manutenção.

<sup>2318</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 899.

<sup>2319</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 899: "*Automaten sind aber ebensowenig unfehlbar wie Menschen*".

<sup>2320</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 899.

*wesentlichen Tätigkeiten vollziehen, die zuvor von Erfüllungsgehilfen des Schuldners durchgeführt wurden, liegt es nahe, den Schuldner für Automatenversagen in Analogie zu § 278 in gleichem Umfang haften zu lassen, wie er für Fehler seiner Erfüllungsgehilfen haften müsste*<sup>2321</sup>. Ora bem: as máquinas, em princípio, fazem o trabalho que antigamente era executado por auxiliares do devedor. Assim conclui que, parece de supor, a uma primeira apreciação, e com base numa aplicação analógica do § 278 BGB, que o devedor deveria responder, similantemente, pelas falhas das máquinas.

É certo, e Wolf não o nega, que ninguém contesta a diferença entre uma máquina e uma pessoa, o que, por si só, impede a verificação dos pressupostos para a aplicação analógica. Com efeito, não há aqui identidade entre as situações. Contudo, o Autor considera que a questão está em aferir se existe uma solução melhor do que a *aplicação analógica do § 278* para resolver este problema, e não tanto em saber se a analogia é ou não apropriada.

Wolf aventa como primeira alternativa a responsabilização do devedor por *culpa própria* – *Haftung für eigenes Verschulden*<sup>2322</sup>. Com efeito, se o devedor ou um dos seus auxiliares escolheu mal a máquina, ou se a utilizou incorretamente, ou ainda se não a manteve em boas condições, configura-se uma situação de responsabilidade subjetiva do devedor, que, no caso português, poderia ser reconduzida ao disposto nos artigos 798.º e 799.º CC. Similantemente, no BGB, seria de aplicar o § 276, o que Wolf designa de *culpa de escolha, organização e fiscalização* – “Für ein solches Auswal-, Organisations- und Überwachungsverschulden hat der Schuldner nach §§ 276, 278 ohne weiteres einzustehen”. Contudo, como também assinala este Autor, esta solução padece das mesmas insuficiências que a doutrina alemã aponta ao § 831 BGB, porquanto uma coisa é a culpa na atividade prévia da escolha e organização, e outra bem diversa são os acontecimentos que têm lugar aquando da execução da prestação<sup>2323</sup>.

---

<sup>2321</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 899.

<sup>2322</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 899.

<sup>2323</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

VIII. A mesma fragilidade verifica-se mesmo que se conceba uma *responsabilidade com presunção de culpa pela organização*, na medida em que muitas vezes o devedor escolheu, corretamente, a máquina, que se encontrava em bom estado, tendo o dano ocorrido por caso fortuito (*Ausreißer*), não se podendo por isso falar, com rigor, em qualquer culpa do devedor.

Por essa razão, Wolf parte para uma hipótese que considera *cientificamente mais honesta*, que passa pela imputação objetiva ao devedor, numa lógica de responsabilidade por garantia – *Garantiehaftung*<sup>2324</sup>. Segundo esta perspetiva, *o devedor responde, a título obrigacional, pela garantia, isto é, pelos danos resultantes da utilização de coisas no cumprimento da obrigação*, responsabilidade que Wolf considera ser equivalente à responsabilidade objetiva estabelecida noutros domínios, como p.ex. o artigo 1384.º CCF<sup>2325</sup>. Assim, *“Aufgrund dieser Garantiehaftung kann davon ausgegangen werden, daß der Schuldner für ein Versagen der von ihm eingesetzten Automaten grundsätzlich ohne Verschulden einzustehen hat.”*<sup>2326</sup>.

Analisando outros ordenamentos jurídicos, Wolf conclui ainda: no caso italiano, a responsabilidade do devedor pelos objetos resulta diretamente do artigo 1228.º CCI<sup>2327</sup>, enquanto no Direito anglo-saxónico se retira esta imputação da regra de que o devedor responde sempre por garantia, sem culpa, em caso de *breach of contract*<sup>2328</sup>.

IX. Outro entendimento é o sustentado por Wolfgang Krüger, que considera existir aqui uma lacuna, devendo o § 278 do BGB ser aplicado, por analogia, a uma situação de falha de máquinas utilizadas pelo devedor no cumprimento, em especial no que concerne aos aparelhos eletrónicos de tratamento de dados<sup>2329</sup>. Como argumento, o Autor invoca que a pessoa que decide a aquisição de máquinas e que trata da sua manutenção é o próprio

---

<sup>2324</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>2325</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>2326</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>2327</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>2328</sup> MANFRED WOLF, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, ob. cit., p. 900.

<sup>2329</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 45.

devedor, pelo que esta solução constitui um incentivo para que se providencie pela segurança das mesmas.

X. Observando este quadro, verifica-se que, de um modo geral e apesar de algumas opiniões em sentido contrário, significativa parte da doutrina se pronuncia contra a aplicação por analogia do § 278 do BGB ao caso das máquinas. Quanto à jurisprudência, parece ir no sentido de uma inversão do ónus da prova, impondo ao devedor o ónus de demonstrar que escolheu e manteve, devidamente, as máquinas utilizadas<sup>2330</sup>. Até porque, em relação à máquina, não se poderia aplicar o requisito exigido pelo § 278 do BGB, ou seja, de que o auxiliar tenha atuado de forma culposa: o que implicaria que, se a máquina tivesse sido escolhida e conservada de forma adequada, o § 278 não se poderia aplicar.

XI. Apoiando a tese de Wolf, Jordano Fraga – em posição que não acompanhamos – afirma que *“el deudor que emplea para el cumplimiento de su obligación medios mecánicos o automáticos, sólo responderá por los fallos inculpables de éstos, en la medida en que puedan considerarse un riesgo no ya genérico sino específicamente derivado de su utilización”*<sup>2331</sup>. Assim, conclui que não se trata de responsabilidade indireta do devedor, mas sim de responsabilidade direta, baseada no risco, *“por los fallos inculpables de tales medios materiales de cumplimiento”*<sup>2332</sup>.

XII. Pela nossa parte, questionamos: como falar em falha sem culpa, quando nos estamos a referir a máquinas? Naturalmente que, das duas uma:

- a) Ou a falha da máquina se deve a culpa humana – erro na instalação, má utilização, etc. – caso em que o devedor será responsabilizado

---

<sup>2330</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 45.

<sup>2331</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 158, considerando que não se incluem nestes riscos específicos, p.ex., as falhas de energia elétrica.

<sup>2332</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 159.

pelos atos dos seus auxiliares, admitindo que tal falha teve origem na sua atuação;

- b) Ou bem que a falha constitui um caso fortuito, caso em que, quanto muito, poderá eventualmente ser acionada a responsabilidade do produtor, a nível delitual. Contudo, não haverá, em princípio, responsabilidade obrigacional do devedor, nem será de aplicar, no caso português, o art. 800.º/1 do CC<sup>2333</sup>.

XIII. Krüger parece igualmente sustentar este entendimento: o empresário não responde por deficiências do material adquirido, nem pelo comportamento faltoso de uma empresa cuja atuação tenha tido lugar em momento anterior à sua própria intervenção<sup>2334</sup>. Contudo, o Autor destaca o desenvolvimento do Direito Europeu e suas repercussões na ordem jurídica alemã, em especial depois da Reforma de 2002, para concluir que só será assim – ou seja, ausência de aplicação do § 278 do BGB – quando a introdução de uma empresa anterior não seja *visível*<sup>2335</sup>. Como argumento, invoca o caso *Putz*, decidido pelo TJUE<sup>2336</sup>, em que se decidiu o seguinte:

*“O artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, deve ser interpretado no sentido de que, quando um bem de consumo não conforme, que, antes de aparecer o defeito, foi instalado, de boa-fé, pelo consumidor em conformidade com a sua natureza e o fim a que se destina, é colocado em estado conforme através da sua substituição, o vendedor está obrigado a proceder ele próprio à remoção deste bem do local onde foi instalado e a aí instalar o bem de substituição ou a suportar as despesas necessárias a essa*

---

<sup>2333</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 276.

<sup>2334</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 34.

<sup>2335</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 34.

<sup>2336</sup> Disponível em

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85085&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=297358>.



*remoção e à instalação do bem de substituição. Esta obrigação do vendedor existe independentemente da questão de saber se este se tinha comprometido, nos termos do contrato de compra e venda, a instalar o bem de consumo comprado inicialmente.”*

Neste caso, o que se verificou foi então que o vendedor teve de suportar a montagem e a desmontagem – ou os seus custos – independentemente de culpa<sup>2337</sup>.

XIV. Analisando este problema, parece-nos que efetivamente não está em causa, propriamente, uma aplicação analógica da disposição – quer se trate do § 278 BGB, quer do artigo 800.º/1 CC, mas antes uma possível extensão do princípio a ela subjacente, talvez até com base num *argumento de maioria de razão*: assim, se o devedor responde pelos atos dos seus auxiliares, por maioria de razão deverá responder pelo resultado da utilização de máquinas ou outros componentes<sup>2338 2339</sup>. A questão, diversa, da base legal da imputação, seria já resolvida com base nesta fundamentação. Porém, importa questionar: será de aceitar esta posição?

Pela nossa parte, como já fomos adiantando, parece-nos que não: o devedor não deverá responder pelas falhas mecânicas que não resultem de uma falha humana, exceto se uma disposição legal lhe impuser esse risco, a título de responsabilidade objetiva<sup>2340</sup>. Caso contrário, tal situação configurará, a nosso ver, um caso fortuito, tal como é aceite pela doutrina alemã maioritária e parece, desde logo, resultar também do nosso artigo 790.º do CC, porquanto se trata de

---

<sup>2337</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 34.

<sup>2338</sup> Sobre a interpretação enunciativa, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 469.

<sup>2339</sup> Acerca da questão da interpretação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 696 e seguintes.

<sup>2340</sup> Não acompanhamos neste ponto FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 155, quando afirma que “la responsabilidad contractual del deudor sólo puede ser afirmada, sobre la base de un principio de responsabilidad objetiva específico, cuya fundamentación se construya por analogía al de la responsabilidad objetiva del deudor por sus auxiliares”, na medida em que não vislumbramos qualquer analogia entre as duas situações.

uma situação não imputável, nem ao comportamento do devedor, nem ao de um seu auxiliar de cumprimento. Razão pela qual recusamos a aplicação, quer direta, quer por meio de interpretação extensiva, do art. 800.º/1 do CC. De igual modo afastamos a aplicação analógica do preceito, porquanto se nos afigura inexistir aqui uma lacuna: a solução consta do art. 790.º do CC, estando por isso o problema regulado.

#### *Incumprimento da regra contratual relativa à escolha do auxiliar*

Supondo que as partes convencionaram determinados critérios para a escolha do auxiliar, os quais não foram observados pelo devedor, trata-se de responsabilidade por fato próprio deste, por incumprimento do contrato, nos termos do artigo 798.º do CC<sup>2341</sup>.

Esta situação não se confunde com a prevista no artigo 800.º CC, na qual, por definição, a intervenção do terceiro corresponde a uma conduta lícita do devedor, i.e., dentro do quadro obrigacional a que o mesmo se encontra vinculado.

---

<sup>2341</sup> A situação é referida por ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 681, como sendo um caso especial de culpa *in eligendo*.

A situação prevista no artigo 800.º/1 do CC também não se confunde com a promessa de fato de terceiro, a qual é admitida, nos termos do artigo 405.º CC<sup>2342</sup>.

Nesta, o devedor assume perante o credor a obrigação de obter do terceiro uma determinada conduta ou prestação. Aqui o devedor responde quando não tiver realizado a conduta a que ele próprio se obrigou, no sentido de provocar a atuação do terceiro, tratando-se também de responsabilidade por fato próprio<sup>2343 2344</sup>. A situação não se confunde por isso com a previsão do art. 800.º/1 do CC, em que a responsabilidade é objetiva.

*Convenção de assunção de responsabilidade por fatos não culposos do auxiliar*

Nada obsta a que as partes convencionem a responsabilidade do devedor mesmo no caso em que o auxiliar não atue culposamente<sup>2345</sup>. Porém, aqui a responsabilidade é convencional e não legal, tendo como fonte a obrigação assumida voluntariamente pelo devedor, que extravasa a garantia legal. Trata-se então de uma garantia voluntariamente assumida pelas partes, nos termos do art. 405.º CC.

---

<sup>2342</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 75. Na doutrina italiana, cf. MARIO ALLARA, *Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Volume XXVII, 1929, Parte Prima, pp. 410 e seguintes, sublinhando o fato de se tratar de uma obrigação de *fato próprio* do obrigado.

<sup>2343</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 682.

<sup>2344</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 74.

<sup>2345</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 684.

I. Responsabilidade do devedor por fato dos seus auxiliares e responsabilidade do produtor são figuras que apresentam alguns pontos em comum. No entanto, pelo menos atualmente, devem ser claramente diferenciadas: *em princípio*, o devedor não responde, ao abrigo do artigo 800.º/1 do CC, pelas falhas do produtor<sup>2346</sup>.

II. Apesar de o problema não ser muito debatido no quadro nacional, parece de chamar à colação neste ponto a investigação levada a cabo pela doutrina estrangeira, designadamente alemã, a propósito do § 278 do BGB, a qual foi já mencionada no capítulo referente ao Direito comparado. Como tivemos então oportunidade de referir, a principal razão para o afastamento da aplicação do regime da responsabilidade do devedor por fato de outrem consiste na “*anterioridade temporal da actividade do terceiro*”<sup>2347</sup>: o produtor do bem realiza a sua atividade num momento em que ainda nem sequer existe a obrigação do devedor (vendedor)<sup>2348</sup>, sendo por isso de certa forma irreal dizer-se que este se socorre daquele no cumprimento da sua obrigação<sup>2349</sup>.

---

<sup>2346</sup> Neste sentido, cf. MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 91, assinalando que, embora a atuação do fabricante seja pressuposto do cumprimento pelo devedor, a sua atividade é diversa, não tendo que ver com a atividade do próprio devedor.

<sup>2347</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 85; BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822; HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895. Contra: BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 821; WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 4. Com um entendimento conciliador, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 373, diferenciando o vendedor que apenas se apresenta como *distribuidor*, daquele que apresenta um conhecimento profissional específico, sendo remunerado por esse fato, ou seja, o chamado comércio especializado, caso em que, tendo o vendedor confiado noutras pessoas – produtor, grossista – ele responderia por estes, como seus auxiliares, nos termos do § 278 BGB.

<sup>2348</sup> Neste sentido, no âmbito do § 278 BGB, cf. também DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>2349</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 731.

III. Por outro lado, a evolução do Direito determinou a afirmação da responsabilidade do produtor enquanto responsabilidade objetiva. Esta tendência parece ter surgido, primeiramente, nos ordenamentos anglo-saxónicos, destacando-se de entre as decisões famosas o caso *Greenman v. Yuba Power Products*: em 1962, em que o consumidor foi atingido, na face, com um pedaço de madeira de uma máquina, tendo o tribunal declarado que o fabricante da mesma era responsável, independentemente de culpa.

IV. A responsabilidade do produtor é, em Portugal, regulada por uma lei especial<sup>2350 2351</sup>: o DL n.º 383/89, de 6 de novembro<sup>2352</sup>, modificado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Como salienta Engrácia Antunes, o “*intrincado circuito económico*” em que se desenrola atualmente a produção, distribuição e consumo, “*rapidamente veio tornar insuficiente e inadequado o tradicional modelo legal do cumprimento defeituoso*”<sup>2353</sup>, que, como é sabido, assenta numa responsabilização muito leve do vendedor, porquanto este dela se pode exonerar caso não tenha culpa<sup>2354</sup>.

---

<sup>2350</sup> Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 359 e seguintes; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos causados ao consumidor no Anteprojecto do Código do Consumidor*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Volume III, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2006, pp. 65-73; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 354 e seguintes.

<sup>2351</sup> Sobre o cumprimento defeituoso no âmbito do contrato de compra e venda, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O cumprimento defeituoso e a venda de coisas defeituosas*, em AAVV, *AB VNO AD OMNES. 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Organização de Antunes Varela / Diogo Freitas do Amaral / Jorge Miranda / J. J. Gomes Canotilho, Coimbra, Coimbra editora, 1998, pp. 567 e seguintes.

<sup>2352</sup> Sobre este diploma, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., pp. 451 e seguintes.

<sup>2353</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 275.

<sup>2354</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 208 e seguintes. Cf. ainda PAULO MOTA PINTO, *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda. Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português. Exposição de motivos e articulado*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 2002, pp. 34 e seguintes.

Analise o exemplo referido por este Autor<sup>2355</sup>: o comprador de um computador pessoal sofreu danos com a explosão deste produto, ocorrida enquanto utilizava o mesmo. O vendedor, em princípio, não deverá responder, na medida em que dificilmente terá culpa no defeito do computador: com efeito, a sua atuação limita-se à venda, sendo que geralmente nem sequer desembala o produto ou o coloca em funcionamento (cf. artigos 914.º e 915.º do CC). Se não fosse consagrada a responsabilidade do produtor, o consumidor não conseguiria obter o ressarcimento dos danos sofridos.

V. De assinalar que, em caso de venda de coisa defeituosa<sup>2356</sup>, o art. 12.º da Lei de Defesa do Consumidor<sup>2357</sup> estabelece ainda o direito a indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, contanto que sejam demonstrados os requisitos da responsabilidade civil. Em princípio, nada se dizendo em sentido contrário, a responsabilidade é subjetiva, com aplicação da presunção do art. 799.º/1 do CC<sup>2358</sup>. O n.º 2 do preceito remete, quanto à responsabilidade do produtor, para regime especial.

VI. No regime jurídico da responsabilidade do produtor, é consagrada a responsabilidade (delitual) deste pelos danos causados pelos defeitos dos produtos que coloca em circulação, independentemente de culpa<sup>2359 2360</sup>.

A responsabilidade do produtor é assim objetiva, respondendo o produtor pelos danos causados por defeitos dos produtos que tenha colocado em circulação (cf. art. 1.º do DL n.º 383/89).

Considera-se produtor (cf. art. 2.º do DL n.º 383/89):

- a) Qualquer pessoa, singular ou coletiva, que tenha participado na criação ou na confeção de um produto, incluindo aquelas que apenas

---

<sup>2355</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 275.

<sup>2356</sup> Sobre o tema, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 111 e seguintes.

<sup>2357</sup> Recentemente modificada através da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

<sup>2358</sup> Assim, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda*, ob. cit., p. 169.

<sup>2359</sup> Sobre o tema, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 81 e seguintes.

<sup>2360</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 126 e seguintes.

participaram na produção de alguma das suas partes componentes e matérias-primas;

- b) O produtor aparente, que se apresenta como tal ao público, ao apor a sua firma, marca ou outro sinal distintivo do comércio no produto;
- c) O produtor presumido, p.ex. os importadores que adquirem o produto no exterior, com vista à sua comercialização;
- d) Os fornecedores de produtos anónimos, ou seja, de produtor ou importador desconhecido.

A responsabilidade do produtor não terá lugar, todavia, nos casos excluídos pelo artigo 5.º, nomeadamente se este lograr provar:

- a) Que não pôs o produto em circulação;
- b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação;
- c) Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional;
- d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;
- e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito;
- f) Que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

VII. A responsabilidade do produtor assume, como é evidente, natureza extracontratual<sup>2361 2362</sup>, razão pela qual aqui não nos ocuparemos, em especial,

---

<sup>2361</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 277. Cf. ainda, sobre este tema: NUNO COSTA MAURÍCIO, *A responsabilidade do produtor pelos danos causados por produtos defeituosos – Regime legal e implemento na prática forense*, em *Revista Portuguesa de*

deste tema. Não obstante, como Engrácia Antunes e Calvão da Silva assinalam, “o atual regime parece querer fazer do produtor uma parte no contrato, ao torná-lo responsável, perante o comprador, pelos danos por este sofridos”<sup>2363</sup>. Parece, assim, haver uma espécie de *ficção de responsabilidade contratual entre produtor e consumidor*, não obstante a total ausência de contatos entre estes.

Destarte, embora na origem do dano esteja um contrato de compra e venda, celebrado pelo consumidor, a responsabilidade caberá a um terceiro, alheio a este mesmo contrato<sup>2364</sup>.

VIII. A responsabilidade do produtor encontra-se ainda relacionada com a figura dos danos punitivos, uma vez que se defende, nalguns casos, esta função da responsabilidade civil.

O caso típico foi o *Pinto Case* ou *exploding Pinto*, em que se verificou que o automóvel Pinto, fabricado pela Ford, começava a arder após pequenas colisões, o que podia até provocar a morte dos ocupantes<sup>2365</sup>. A atribuição de danos punitivos deveu-se à perspetiva da empresa produtora, para a qual seria mais económico pagar uma indemnização às vítimas do que alterar o modo de fabrico do veículo, o que iria reduzir significativamente os seus lucros.

IX. Relevantes neste tema são também os DL n.ºs 67/2003, de 8 de abril e 133/2009, de 2 de junho<sup>2366</sup>, que surgiram na sequência da Diretiva

---

*Direito do Consumo*, N.º 25, Março de 2001, pp. 9 e seguintes, em especial as pp. 17 e seguintes, onde analisa a natureza da responsabilidade do produtos e os seus elementos;

<sup>2362</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 487.

<sup>2363</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 278.

<sup>2364</sup> No entanto, ao contrário do que se verifica na responsabilidade do produtor, o Direito europeu não logrou um desenvolvimento paralelo da responsabilidade do prestador de serviços. Neste sentido, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos causados ao consumidor no Anteprojecto do Código do Consumidor*, ob. cit., p. 71.

<sup>2365</sup> Sobre o tema, cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 174 e seguintes.

<sup>2366</sup> Sobre o tema, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 142 e seguintes; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Directiva 1999/44/CE. Comentário*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 7 e seguintes.



1999/44/CE, de 25 de maio, sobre a venda de bens de consumo<sup>2367</sup> <sup>2368</sup>. Contudo, aqui trata-se de responsabilidade direta do produtor, no âmbito de certos contratos de consumo<sup>2369</sup>:

- a) Venda ou outra forma de transmissão de bens de consumo;

---

<sup>2367</sup> Sobre o tema, cf. PAULO MOTA PINTO, *O Anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Volume III, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 119-134 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *O novo regime da venda de bens de consumo*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Volume II, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 37-74. Cf. também ARMANDO BRAGA, *Compra e venda de coisas defeituosas. A venda de coisas defeituosas no Código Civil. A venda de bens de consumo*, Porto, Vida Económica, 2005, em especial as pp. 17 e seguintes; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda*, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 156-170; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre a garantia de conformidade na venda de bens de consumo*, em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, N.º 43, Setembro de 2005, pp. 11-27. Concretamente acerca da empreitada de bens de consumo, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Volume II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 11-36. Veja-se ainda PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano L, XXIII da 2.ª Série, Julho-Dezembro – 2009, N.ºs 3-4, pp. 85 e seguintes.

<sup>2368</sup> Cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 317 e seguintes.

<sup>2369</sup> Neste sentido, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 81. Sobre o tema, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Caveat venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime da compra e venda*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 263 e seguintes, e, do mesmo Autor, *O novo regime da venda de bens de consumo*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, Volume 2, 2005, pp. 37 e seguintes; DÁRIO MOURA VICENTE, *Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 121 e seguintes; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o Direito Português vigente*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 109 e seguintes; CLAUS-WILHELM CANARIS, *A transposição da Directiva sobre compra de bens de consumo para o Direito Alemão*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, N.º 3, 2001, pp. 49 e seguintes; SARA LARCHER, *Contratos celebrados através da Internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Lisboa, Volume 2, 2005, pp. 141; PAULO MOTA PINTO, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, N.º 2, 2000, pp. 197 e seguintes, e, do mesmo Autor: *Diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Austríaco*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, N.º 3, 2001, pp. 435 e seguintes e *Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 195 e seguintes; ANA PRATA, *Venda de bens usados no quadro da Directiva 1999/44/CE*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 145 e seguintes.

- b) Fabrico e produção de bens de consumo, incluindo portanto a empreitada de bens de consumo, aqui se incluindo a empreitada de construção de bens imóveis<sup>2370 2371</sup>;
- c) Locação de bens de consumo.

Essencial é que o contrato seja celebrado, de um lado, por um *profissional*, e, de outro, um *consumidor*<sup>2372</sup>.

Em qualquer destes contratos, a regra vigente é a da *conformidade do bem de consumo entregue com a garantia contratual* – art. 3.º/1<sup>2373 2374</sup>, sob pena de responsabilidade.

X. No âmbito do contrato de empreitada, há que referir que o regime de responsabilidade obrigacional do empreiteiro diverge consoante o tipo de contrato em causa<sup>2375</sup>:

- a) Na empreitada de Direito civil, vigora a regra da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa (artigo 799.º CC);
- b) Na empreitada de consumo, quando seja aplicável a Diretiva, vigora a regra da responsabilidade objetiva – art. 3.º/1 – embora sem referir se há obrigação de indemnizar.

O art. 3.º/1 do DL 67/2003, que pretende constituir uma cópia do regime constante da Diretiva, suscita no entanto dúvidas de interpretação<sup>2376</sup>:

---

<sup>2370</sup> Sublinhando que neste ponto o diploma interno vai além do regime constante da Diretiva, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, ob. cit., p. 15. O Autor assinala ainda a desnecessidade de consagração deste caso na lei especial, porquanto as soluções consagradas convergem com as que eram já aplicáveis pelo CC. Cf. ainda, do mesmo Autor, *Empreitada de consumo*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 155 e seguintes.

<sup>2371</sup> Especificamente sobre a empreitada de bens de consumo, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 502 e seguintes.

<sup>2372</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *O novo regime da venda de bens de consumo*, ob. cit., p. 41.

<sup>2373</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, *O novo regime da venda de bens de consumo*, ob. cit., p. 43.

<sup>2374</sup> Neste sentido, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre a garantia de conformidade na venda de bens de consumo*, ob. cit., p. 18.

<sup>2375</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, ob. cit., p. 25.

<sup>2376</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, ob. cit., p. 25.

- a) É defensável que há responsabilidade objetiva, do vendedor e do empreiteiro;
- b) É defensável que, no silêncio da lei interna, se pretendeu somente admitir a responsabilidade subjetiva, como sucede no Código Civil.

XI. No que a este tema concerne, assinala-se que a Diretiva 1999/44/CE não consagrou a responsabilidade (direta) do produtor perante o consumidor em caso de defeito da coisa, admitindo somente a responsabilização deste por meio do direito de regresso, previsto no art. 4.º. Contudo, no Considerando 23, admite-se esta possibilidade, ao se afirmar que *“poderá ser necessário considerar um grau mais elevado de harmonização e prever, nomeadamente, a responsabilidade directa do produtor pelos defeitos de que é responsável”*.

Diferentemente, o art. 6.º do DL 67/2003<sup>2377</sup>, que transpôs a Diretiva, consagra a responsabilidade direta do produtor<sup>2378</sup>.

O n.º 3 do art. 6.º acrescenta que o representante do produtor no domicílio do consumidor é solidariamente responsável, com o produtor, pelos danos causados ao consumidor. Neste caso, tanto um como outro são obrigados a proceder à reparação ou à substituição da coisa<sup>2379</sup>, com o limite de tal se mostrar impossível ou desproporcionado tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor. A solução colhe o apoio da doutrina nacional, porquanto o produtor é, na realidade, o *“verdadeiro responsável pelo vício ou defeito do produto”*<sup>2380</sup>.

---

<sup>2377</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 147 e seguintes; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Directiva 1999/44/CE. Comentário*, ob. cit., pp. 125 e seguintes.

<sup>2378</sup> Concordando com esta solução, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O novo regime da venda de bens de consumo*, ob. cit., p. 62.

<sup>2379</sup> Sublinhando que se resume a este o âmbito objetivo da ação direta, cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Directiva 1999/44/CE. Comentário*, ob. cit., p. 129.

<sup>2380</sup> Assim, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Directiva 1999/44/CE. Comentário*, ob. cit.,

Por sua vez, do n.º 2 do art. 6.º retira-se uma “*presunção legal de imputabilidade ao produtor da falta de conformidade alegada e provada pelo consumidor*”, o que se retira da circunstância de o produtor apenas se exonerar se demonstrar um dos fatos constantes deste preceito<sup>2381</sup>.

XII. Pese embora se trate de responsabilidade a título objetivo, acontece que também no DL 67/2003 – no caso do produtor – estamos diante de *responsabilidade extracontratual*, muito embora, como refere Engrácia Antunes, a mesma seja complementada pela responsabilidade obrigacional do vendedor<sup>2382</sup>. O problema é que este diploma confere ao comprador o direito de reagir, indiferenciadamente, contra o vendedor ou o produtor, no âmbito de uma responsabilidade que afigura ser obrigacional, parecendo por isso assentar numa espécie de *ficção de contrato com o produtor*. Assim, o artigo 6.º estabelece que, sem prejuízo dos direitos que lhe assistem contra o vendedor, o comprador “*pode optar por exigir do produtor a reparação ou substituição de uma coisa defeituosa que tenha adquirido, salvo se tal se manifestar impossível ou desproporcionado tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor*”. Note-se contudo que os restantes direitos atribuídos ao consumidor – redução do preço, resolução do contrato e indemnização prevista no art.º 12.º/1 LDC – apenas podem ser exercidos perante o vendedor<sup>2383 2384</sup>.

XIII. Concluindo, verifica-se que o legislador português aumentou o nível de proteção do consumidor, ao estabelecer a *responsabilidade direta, também*

---

p. 127, ainda que salientando, a p. 129, que “*Teria sido melhor a consagração da acção directa do consumidor contra qualquer dos vendedores em cadeia da coisa defeituosa*”.

<sup>2381</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Directiva 1999/44/CE. Comentário*, ob. cit., p. 132.

<sup>2382</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 282.

<sup>2383</sup> Assim, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O novo regime da venda de bens de consumo*, ob. cit., p. 63. No entanto, o Autor manifesta-se de forma crítica em relação à exclusão do direito de indemnização contra o produtor (p. 64).

<sup>2384</sup> Assim também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 148.

do produtor<sup>2385</sup>. Esta técnica é exatamente inversa à que encontramos no artigo 800.º, n.º 1, do CC: em vez de responsabilizar o vendedor por atos de terceiros, são os próprios terceiros, diretamente, responsabilizados.

XIV. Por outro lado, quanto à questão inicialmente colocada, ou seja, a de saber se o art. 800.º/1 CC é aplicável à relação entre o devedor e o produtor, i.e., se este último pode ser ou não considerado auxiliar de cumprimento do devedor, mantemos que a resposta deverá ser, em princípio, negativa. Acompanhamos aqui a argumentação da doutrina alemã, a que se acrescenta que, no quadro legislativo atual, a questão não constitui sequer um problema, uma vez que se encontra consagrada a responsabilidade direta do produtor, mediante diploma avulso.

XV. Embora sem autonomizar este ponto, vamos ainda referir outros casos de responsabilidade direta, situações que se afastam igualmente do disposto no art. 800.º/1 do CC. Neste âmbito, é contemplada a *responsabilidade do financiador perante o consumidor*, em caso de crédito ao consumo, consagrada na Diretiva 2008/48/CE<sup>2386</sup>, de 23 de abril, transposta pelo DL n.º 133/2009, de 2 de junho<sup>2387</sup>.

Verifica-se aqui a intervenção de três partes:

- a) O comprador que é, também, mutuário;
- b) O vendedor que é, também, auxiliar do financiador;
- c) O financiador.

O regime é aplicável desde que se verifique:

- a) Um contrato de crédito celebrado com consumidor, sendo este a pessoa singular que atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional;

---

<sup>2385</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 283.

<sup>2386</sup> Sobre o tema, cf. PAULO DUARTE, *O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito*, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 412 e seguintes.

<sup>2387</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 286 e seguintes; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 11 e seguintes.

b) Não se verifique uma das situações excluídas nos artigos 2.º e 3.º.

A situação clássica é a seguinte: o produto é vendido ao comprador que, para o adquirir, este recorre ao crédito, sendo o vendedor quem atua como intermediário na celebração deste negócio, sendo inclusivamente a este que normalmente compete a entrega de documentos e a prestação de informações, bem como a entrega da proposta de financiamento<sup>2388</sup>. Os dois negócios – compra e venda e mútuo – estão aqui numa união interna<sup>2389 2390</sup>.

Ora, o mutuante tem alguns deveres impostos por este diploma<sup>2391</sup>:

- a) Dever de assistência ao consumidor, donde resulta o dever de colocar o consumidor em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira, que configura um dever de informação;
- b) Dever de avaliar a solvabilidade do consumidor, antes de celebrar o contrato de crédito, sendo obrigatória a consulta da Central de Responsabilidades do Crédito, o que consubstancia um dever de proteção.

Por isso, o artigo 18.º consagra a *responsabilidade do mutuante*, desde que<sup>2392</sup>:

---

<sup>2388</sup> Acerca da Diretiva, cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 285 e seguintes.

<sup>2389</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 286.

<sup>2390</sup> Também designada por alguns autores de coligação de contratos. De acordo ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *União de contratos. Contratos mistos*, em *Separata do Boletim do Ministério da Justiça N.º 91*, Lisboa, 1960, p. 6, nota 5, onde refere que a dependência pode resultar de uma convenção tácita nesse sentido em contratos celebrados com *separação externa*. A mesma ideia é reforçada na p. 24, nota 19, onde se afirma que a dependência não supõe necessariamente que os contratos se concluam ao mesmo tempo. Acerca deste tema, cf. ainda: INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 1997, p. 88; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais, ob. cit., pp. 219 e seguintes; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 219 e 220, onde refere que “A união com dependência, também designada união interna constitui o modo, em princípio, natural de união de contratos.”, acrescentando que a situação em si “aponta mais na direcção de uma unidade contratual com pluralidade de tipos do que na de uma pluralidade de contratos unidos funcionalmente.”. Ainda de acordo com este autor, as outras duas categorias – união externa e união alternativa – servem apenas para balizar a verdadeira união de contratos, que será a interna, em que existe uma autonomia formal mas não substancial entre os contratos unidos. Cf. ainda, do mesmo Autor, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 532 e seguintes; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 53; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 190 e seguintes.

<sup>2391</sup> Assim, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 288.

- a) Entre os dois contratos exista, efetivamente, uma unidade económico-funcional;
- b) O crédito seja concedido exclusivamente para financiar o pagamento do preço da venda ou da prestação do serviço

Verificando-se estas condições, em caso de incumprimento do contrato de compra e venda, das duas uma (artigo 18.º):

- a) Ou o comprador logra satisfazer os seus direitos através do vendedor;
- b) Ou, tal não se verificando<sup>2393</sup>, pode o comprador interpelar o mutuante para invocar a exceção de não cumprimento, exigir a redução do montante do crédito em montante igual ao da redução do preço ou ainda a resolução do contrato.

Segundo Engrácia Antunes, resulta desta disposição que a empresa financiadora é responsável, diante do comprador, *“pelo exacto e pontual cumprimento do contrato celebrado pela empresa vendedora”*, tratando-se de responsabilidade objetiva e subsidiária<sup>2394</sup>.

XVI. Também aqui nos parece que esta situação não se confunde com a prevista no artigo 800.º/1 do CC, em que o terceiro, sendo introduzido no cumprimento pelo devedor, atua no âmbito da obrigação deste mesmo.

No entanto, este diploma tem relevância para o tema em estudo, na medida em que resulta do regime do direito de regresso constante dos artigos 7.º e 8.º que, em última instância, quem irá arcar com as consequências do defeito de um produto é o próprio vendedor, e não intermediários anteriores (produtor, transportador, distribuidor, etc.)<sup>2395</sup>. Para evitar isto, o artigo 7.º determina que o vendedor goza de direito de regresso contra o profissional a

---

<sup>2392</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, ob. cit., pp. 85 e seguintes.

<sup>2393</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, ob. cit., p. 89, salienta que este direito apenas pode ser exercido quando o consumidor não obtém do vendedor a satisfação do direito ao exato cumprimento do contrato. O Autor aventa no entanto que se poderia ter ido mais longe, consagrando a solidariedade entre credor e vendedor.

<sup>2394</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 287.

<sup>2395</sup> Neste sentido, cf. também JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 288 e 289.

quem adquiriu a coisa, havendo assim sempre direito de regresso contra a contraparte negocial. Trata-se de uma responsabilidade *ex lege* e objetiva, embora o demandado em sede de regresso se possa exonerar, demonstrando que o defeito não lhe é imputável<sup>2396</sup>.

### *Terceiro por indicação ou no interesse do credor*

I. Caso o terceiro intervenha na realização da prestação por iniciativa do credor ou se tiver sido por ele escolhido e, na sequência disso, ocorra a inexecução da prestação, não é aplicável o artigo 800.º/1 do CC, havendo antes uma situação equiparável à mora do credor<sup>2397</sup>. Isso mesmo parece resultar do regime geral contido no artigo 571.º do CC<sup>2398</sup>.

II. Questiona Romano Martinez *“Se, por exemplo, o dono da obra aconselhar o empreiteiro a celebrar um contrato de subempreitada com determinado sujeito, e este, em razão da sua imperícia, vier a ocasionar atrasos na conclusão de todos os trabalhos, poderá o empreiteiro demandar o dono da obra?”*<sup>2399</sup>.

A questão que agora nos preocupa parece ser a inversa desta, ou seja, a de saber se o dono da obra poderá responsabilizar o devedor pelo atraso, nos termos do artigo 800.º. A nosso ver, a resposta será negativa, uma vez que haverá aqui também culpa do lesado. É certo que o lesado não tinha a obrigação de indicar a pessoa que iria executar aquela tarefa. No entanto, ao tê-lo feito, assumiu uma intervenção pela qual, a nosso ver, deve igualmente responder, por força do artigo 571.º do CC.

---

<sup>2396</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 290 e 291.

<sup>2397</sup> Neste sentido, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 137. Cf. também, com interesse, GEREMIA ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 70 e seguintes.

<sup>2398</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 137.

<sup>2399</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 143.



III. Por outro lado, a mora do credor pode ser o resultado da falta de colaboração deste, bem como de terceiros que a ele se encontram especialmente ligados: assim, o credor pode ter que receber ou mandar receber a prestação, bem como pode ter de fornecer ao devedor os meios necessários para que este realize a prestação<sup>2400</sup>. O Código Civil, contudo, não parece acolher essa possibilidade em moldes expressos, nos artigos 813.º e seguintes, que não parece considerar a possibilidade de a mora do credor decorrer de acto de terceiro a este especialmente ligado.

Contrariamente ao incumprimento do devedor, o artigo 813.º CC não requer, para a mora do credor, a sua culpa. Basta, ao invés, que o credor não aceite a prestação devida ou não realize os actos necessários ao cumprimento, sem que haja justificação para tal<sup>2401</sup>.

Em sentido diferente, no entanto, para Menezes Cordeiro, pese embora a ausência de referência legal, resulta deste sistema a exigência de culpa do credor, a qual, no seu entender, se presume por aplicação do artigo 799.º, dado tratar-se de uma situação de estrutura obrigacional<sup>2402 2403</sup>.

Parece no entanto que, uma vez que o credor não tem o *dever* de colaborar<sup>2404</sup>, não se pode falar aqui numa presunção de culpa. Basta assim a circunstância de não ter havido a colaboração necessária, ou de o credor ter recusado injustificadamente a prestação, independentemente do motivo pelo qual tal sucedeu. Contudo, as dificuldades de delimitação em face da impossibilidade superveniente da prestação podem suscitar dúvidas, sendo que

---

<sup>2400</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 252.

<sup>2401</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 252.

<sup>2402</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., p. 132. O Autor invoca como argumento as diferenças existentes entre as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 841.º.

<sup>2403</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 251 e seguintes.

<sup>2404</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 252.

para o que de momento importa, tal poderá acontecer devido à atuação de um auxiliar do credor. Com Menezes Leitão, parece de afirmar que “o devedor, ao se obrigar a prestar, não assume o risco de a sua prestação não se realizar por ausência de colaboração do credor, mesmo que não derivada de culpa deste”<sup>2405</sup>. Assim também, a nosso ver, o credor deverá considerar-se em mora, ainda que a falta de colaboração ou a recusa injustificada da prestação provenha de um seu auxiliar de cumprimento, i.e., independentemente de culpa do próprio credor.

### *Pluralidade de devedores*

I. A responsabilidade obrigacional por fato de outrem diferencia-se da pluralidade de devedores porquanto nesta o credor pode exigir a realização da prestação de qualquer um dos obrigados<sup>2406 2407</sup>. Ao invés, no âmbito do artigo 800.º/1 do CC apenas o devedor pode ser chamado a responder pelo credor: nada pode ser exigido ao auxiliar, que não assumiu a obrigação.

O co-devedor solidário que cumpre a obrigação não é considerado terceiro para efeitos do artigo 767.<sup>o</sup><sup>2408</sup>. Mas também nos parece que não pode ser considerado auxiliar para efeitos do artigo 800.º. Assim, os danos eventualmente decorrentes da atuação do co-devedor solidário serão da

---

<sup>2405</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 254.

<sup>2406</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 149 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, ob. cit., pp. 129 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Introdução ao estudo do Direito e elementos de Direito civil*, ob. cit., pp. 33 e seguintes. Na doutrina estrangeira, p.ex., MARIO ALLARA, *Delle obbligazioni*, ob. cit., pp. 52 e seguintes. De referir que, também nos Princípios UNIDROIT sobre os contratos internacionais, o Capítulo 11, com 17 artigos, trata a matéria da pluralidade de devedores e obrigados, estabelecendo o artigo 11.1.2 uma presunção importante: “When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee, they are presumed to be jointly and severally bound, unless the circumstances indicate otherwise”. Sobre o tema, cf. MARCEL FONTAINE, *The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010*, em *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, Vol. XVI, 2011-3, pp. 549 e seguintes.

<sup>2407</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 670 e seguintes.

<sup>2408</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 65.

responsabilidade dos demais co-devedores, ao abrigo do regime próprio das obrigações solidárias.

Neste sentido, a responsabilidade por fato de outrem aproxima-se mais da fiança (principalmente tratando-se de responsabilidade extra-obrigacional), em que se garante ao lesado a obtenção da indemnização<sup>2409</sup>.

Porém, a utilização de auxiliares não se confunde ainda com a figura da delegação que, nalgumas legislações, surge associada à assunção de dívida, em que uma pessoa encarrega outra de realizar uma prestação a um terceiro, que a recebe em nome próprio<sup>2410</sup>, em que o delegado não é auxiliar<sup>2411</sup>.

II. Contudo, em caso de solidariedade passiva, pode qualquer um dos condevedores solidários utilizar um ou mais auxiliares, caso em que os demais tanto são liberados pela sua atuação, como são responsáveis em caso de incumprimento<sup>2412</sup>.

III. Uma maior atenção merece no entanto o artigo 520.º CC:

*Se a prestação se tornar impossível por fato imputável a um dos devedores, todos eles são solidariamente responsáveis pelo seu valor; mas só o devedor a quem o fato é imputável responde pela reparação dos danos que excedam esse valor, e, sendo vários, é solidária a sua responsabilidade.*

Esta é uma norma que nos parece de destacar, a nível do incumprimento obrigacional<sup>2413</sup>: prevê-se aqui a impossibilidade culposa de cumprimento da obrigação solidária, no caso em que tal impossibilidade decorreu da atuação

---

<sup>2409</sup> Assim, CASIMIRO CARAVELLI, *Per una nuova costruzione della responsabilità pel fatto altrui, em Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Nuova Serie, Anno XIII, 1938, XVI, p. 166.

<sup>2410</sup> DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 73.

<sup>2411</sup> Neste sentido, cf. também FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 321.

<sup>2412</sup> Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 116 e 117.

<sup>2413</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 767 e seguintes; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 68 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 142 e seguintes; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, ob. cit., pp. 183 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 151.

culposa de somente um dos devedores<sup>2414</sup>. De acordo com a solução legal, pese embora a atuação culposa seja de apenas um dos devedores, todos responderão, em termos solidários, pelo incumprimento. Neste sentido, o artigo 520.º aproxima-se do artigo 800.º, porquanto imputa aos demais co-devedores solidários a atuação culposa de um dos seus consortes.

IV. É verdade, e parece-nos de salientar, que mesmo no caso previsto no art. 520.º CC, o consorte não se considera auxiliar de cumprimento dos restantes co-devedores. Por definição, sendo todos eles devedores, todos são responsáveis pela realização da prestação, pelo que não se podem considerar, em simultâneo, auxiliares. Não obstante, a responsabilização dos co-devedores *é similar* à responsabilização do devedor pela atuação do seu auxiliar de cumprimento. Por isso, se um dos consortes impossibilitar o cumprimento, tal conduta é igualmente imputada aos demais, o que demonstra que “*a solidariedade se alarga aos sucedâneos da prestação principal*”<sup>2415</sup>.

Ainda assim, pese embora a similitude de situações, o fundamento do artigo 520.º CC parece ser diverso, assentando na lógica da solidariedade passiva<sup>2416</sup>. Isso explica, desde logo, o disposto na segunda parte do preceito, i.e., que apenas o consorte que impossibilitou a prestação responda pelos danos excedentes.

V. Ainda dentro desta categoria, parece de autonomizar a pluralidade de empregadores, figura atualmente consagrada no artigo 101.º do CT<sup>2417</sup>. Aqui, os

---

<sup>2414</sup> Sobre a questão, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 766 e seguintes.

<sup>2415</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 770.

<sup>2416</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 672 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., p. 780; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 151.

<sup>2417</sup> Sobre a figura, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 394 e seguintes; CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *As perplexidades suscitadas pela regulamentação positiva de uma figura não inovadora: o contrato de trabalho celebrado com pluralidade de empregadores*, em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 87, Setembro-Dezembro

empregadores não são auxiliares de cumprimento uns em relação aos outros: ao invés, o trabalhador tem um vínculo laboral com cada um dos empregadores<sup>2418</sup>.

Não obstante, a lei determina que um dos empregadores deverá representar os demais, no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho – art. 101.º/2/c) do CT. Neste caso, aquele que for o representante poderá, nessa qualidade, ser auxiliar de cumprimento dos restantes, *representados*.

### *Contrato a favor de terceiro*

A delimitação do recurso a auxiliares de cumprimento face ao contrato a favor de terceiro é relevante, na medida em que, em ambos os casos, estamos diante de “*vínculos que relacionam três pessoas*”<sup>2419</sup>.

O contrato a favor de terceiro confere um direito próprio ao terceiro<sup>2420</sup>. Contudo, o contrato mantém-se relativo, entre credor e devedor<sup>2421</sup>, na medida em que o terceiro não ocupa uma posição no mesmo<sup>2422</sup>. Com efeito, contrariamente ao subcontrato, em que o subcontratado é, efetivamente, parte

---

de 2010, Coimbra, Coimbra editora, pp. 45 e seguintes; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, ob. cit., pp. 161 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 146 e seguintes e, do mesmo Autor, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 193 e seguintes.

<sup>2418</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 285.

<sup>2419</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 84.

<sup>2420</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 725.

<sup>2421</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais, ob. cit., pp. 553 e seguintes, e, em especial, as pp. 579 e seguintes.

<sup>2422</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 350 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 248 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 236 e seguintes.

num contrato subordinado ao principal, no contrato a favor de terceiro o beneficiário não é parte, nem passa a sê-lo, mesmo que adira ao benefício<sup>2423</sup>.

### *Determinação da prestação por terceiro*

A obrigação indeterminada, mas determinável, pode ser objeto de concretização por terceiro, nos termos do artigo 400.º/1 do CC<sup>2424</sup>. Este terceiro não se considera, no entanto, como auxiliar do devedor: trata-se apenas de alguém que intervém na escolha da prestação, o qual deve atuar de acordo com *juízos de equidade*<sup>2425</sup>. Aqui o devedor ainda nem sequer sabe qual a prestação que irá realizar; diferentemente, no âmbito do artigo 800.º/1, o devedor introduz o terceiro na execução da prestação que lhe compete.

### *Realização da prestação a terceiro*

Em princípio, apenas o credor tem legitimidade para receber a prestação (art. 769.º CC), bem como o seu representante legal, em caso de incapacidade do próprio credor<sup>2426</sup>.

Note-se que o art. 771.º do CC estabelece que o devedor não é obrigado a satisfazer a prestação perante o representante voluntário do credor nem a

---

<sup>2423</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 84, salientando que o subcontratado adquire um benefício a partir do contrato que celebra, e não a partir do contrato principal, contrariamente ao que se verifica no contrato a favor de terceiro.

<sup>2424</sup> Cf. também os §§ 317 a 319 do BGB. Cf. DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 723.

<sup>2425</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 702 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 112 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 104 e seguintes.

<sup>2426</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 156.

pessoa por este autorizada a recebê-la, a menos que as partes assim tenham convencionado<sup>2427</sup>.

Quando o credor assim o tenha autorizado, a prestação pode ser realizada a terceiro, situação que não se confunde com a responsabilidade do devedor pelos seus auxiliares<sup>2428</sup>. Neste caso, o terceiro não realiza a prestação devida pelo devedor, antes pelo contrário, ele recebe essa mesma prestação, no lugar do credor e por indicação deste<sup>2429</sup>.

O mesmo se diga sempre que se verifique um dos casos previstos no artigo 770.º do CC, em que a obrigação não se extingue, podendo o autor da prestação exigir a restituição do que prestou, salvo nos casos em que a lei admite a extinção da obrigação<sup>2430</sup>.

### *Indemnização devida a terceiros*

I. A responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares também não se confunde com a situação em que a não realização ou a realização incorreta da prestação causa danos a terceiros, os quais, como é sabido, só podem pedir o seu ressarcimento caso se verifique um delito (cf. artigo 483.º/1 CC)<sup>2431</sup>.

---

<sup>2427</sup> Criticando a solução legal, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 157.

<sup>2428</sup> Cf. também no Direito alemão, o disposto no § 362/II e no § 185 do BGB. Assim, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

<sup>2429</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 156 e seguintes.

<sup>2430</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 157.

<sup>2431</sup> No Direito alemão, o § 255 do BGB determina, no entanto, que o devedor responde perante o credor por tais danos, quando este último os deva por sua vez ressarcir ao terceiro. Assim, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 724.

II. Esta situação verifica-se tipicamente no âmbito do contrato de transporte<sup>2432</sup>. Contudo, a lei atual confere ao terceiro – destinatário da mercadoria – direitos próprios, situação que torna desnecessária a possibilidade de o credor exigir ao devedor os danos que terá de indemnizar ao terceiro.

### *Responsabilidade del credere*

I. A responsabilidade *del credere* configura uma forma de prestação voluntária de garantia pela atuação de outrem. Encontra-se prevista nalguns casos pelo Direito português, mas não se confunde com a imputação do comportamento dos auxiliares ao devedor, nos termos do artigo 800.º/1 do CC, precisamente porque neste caso a assunção de responsabilidade é em relação ao comportamento de um terceiro, não auxiliar do devedor<sup>2433</sup>.

II. A possibilidade de convenção de responsabilidade *del credere* no âmbito do mandato decorre do artigo 1183.º do CC<sup>2434</sup> <sup>2435</sup>. Também o artigo 269.º CCom estabelece a responsabilidade *del credere* do mandatário comercial, em relação ao incumprimento do terceiro com o qual este contratou. Esta é uma responsabilidade supletiva, que cede mediante convenção ou uso em sentido contrário.

Por sua vez, o artigo 10.º do DL 178/86 estabelece que o agente responde, perante o principal, pelo cumprimento das obrigações de terceiros, se tal tiver sido convencionado por escrito<sup>2436</sup>.

---

<sup>2432</sup> DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 724.

<sup>2433</sup> Sobre o tema, cf.: PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 830 e 831; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a vinculação del credere*, em *Estudos de Direito das Garantias*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 189 e seguintes.

<sup>2434</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 830 e 831.

<sup>2435</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 415 e seguintes.

<sup>2436</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, ob. cit., pp. 107 e seguintes; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos*



III. Igualmente relevante é o regime da atividade transitária, constante do Decreto-Lei n.º 255/99, de 7 de julho, alterado pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro, cujo artigo 15.º consagra a responsabilidade das empresas transitárias perante o seu cliente pelo incumprimento das suas obrigações, *bem como pelas obrigações contraídas por terceiros com quem hajam contratado, sem prejuízo do direito do direito de regresso*<sup>2437</sup>.

---

sobre o contrato de agência, Separata da Revista Tribuna da Justiça, N.º 3, 199?, pp. 9 e seguintes; CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lisboa, LEX, 1994, pp. 62 e seguintes.

<sup>2437</sup> Sobre o transitário, veja-se: FRANCISCO COSTEIRA DAROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias. Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 70 e seguintes; JOÃO VALBOM BAPTISTA, *O contrato de expedição*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes II*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 130 e seguintes; ANA MARÍA TOBÍO RIVAS, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 155 e seguintes.

Também não se confunde com o auxiliar a situação da sub-rogação<sup>2438</sup>, em que o credor se substitui ao devedor no exercício de um direito que a este compete<sup>2439</sup>, tal como previsto no artigo 606.º do CC<sup>2440 2441 2442 2443</sup>. Isso é assim mesmo que esteja em causa uma sub-rogação legal<sup>2444</sup>.

Com efeito, na sub-rogação o credor exerce um direito de que o devedor é titular, mas não atua como auxiliar do devedor. Desde logo, porque tal intervenção do credor não decorre de iniciativa voluntária do devedor, antes pelo contrário, corresponde a uma atuação do próprio credor, perante a omissão de atuação do devedor.

Para além disso, refira-se que o credor atua com vista à satisfação do seu próprio interesse, no caso o ressarcimento do seu crédito, situação que se diferencia claramente do artigo 800.º/1 do CC.

---

<sup>2438</sup> Sobre a substituição, enquanto modificação subjetiva da relação jurídica, cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coordenação de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA, Coimbra, Coimbra editora, 2012, p. 185.

<sup>2439</sup> LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 682.

<sup>2440</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 515 e seguintes.

<sup>2441</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 308 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 851 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, ob. cit., pp. 203 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 436 e seguintes.

<sup>2442</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 95.

<sup>2443</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 239.

<sup>2444</sup> Cf. também no Direito alemão, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 724. Os Autores referem a sub-rogação em caso de contrato de arrendamento, prevista nos §§ 566/I, 578 e 581/II do BGB, bem como no contrato de trabalho, em caso de alienação do estabelecimento (§ 613 do BGB).

I. O Código Civil prevê que, em caso de mora do devedor, este fica constituído na obrigação de reparar os danos causados ao credor (cf. art. 804.º/1 do CC)<sup>2445</sup> <sup>2446</sup>. No entanto, para além desta obrigação de indemnização, há outras consequências da mora, destacando-se neste âmbito o disposto no artigo 807.º CC:

- 1. Pelo fato de estar em mora, o devedor torna-se responsável pelo prejuízo que o credor tiver em consequência da perda ou deterioração daquilo que deveria entregar, mesmo que estes fatos lhe não sejam imputáveis.*
- 2. Fica, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo.*

Nos termos do art. 807.º, a mora faz correr por conta do devedor o risco de impossibilidade superveniente da prestação<sup>2447</sup>.

II. Parece-nos que é de diferenciar o regime do artigo 800.º/1 em face do artigo 807.º<sup>2448</sup>. Prevê-se nesta última norma a responsabilidade do devedor pelo prejuízo que o credor tiver devido a perda ou deterioração de uma coisa que deveria ter sido entregue pelo devedor e não o foi, estando este por isso em mora<sup>2449</sup>. A similitude com o artigo 800.º reside na circunstância de também aqui o devedor ser chamado a responder por um prejuízo que, diretamente, não causou. No entanto, há diferenças a assinalar.

---

<sup>2445</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 119 e seguintes.

<sup>2446</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 122; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 241 e seguintes.

<sup>2447</sup> Assim, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., p. 125, considerando que, apesar da aparente limitação da norma às prestações de *dare*, ela tem aplicação a “*toda a prestação que seja susceptível de ser impossibilitada, total ou parcialmente*”.

<sup>2448</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 684.

<sup>2449</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 69 e seguintes.

III. No artigo 807.º, é certo que o devedor pode ser chamado a responder pelos danos causados por terceiros; contudo, *não se trata de uma responsabilidade por fato de outrem*, ainda que se trate, ainda, de responsabilidade civil, uma vez que estamos em face das consequências da mora (artigo 804.º CC). Trata-se de uma *presunção de existência de um nexo de causalidade entre a mora e a perda ou deterioração da coisa*<sup>2450</sup>. Ou, como afirma Menezes Cordeiro, de uma imputação, a título de risco, pelos danos causados por terceiros, ou por caso fortuito, sem prejuízo da responsabilidade solidária entre o próprio devedor e o terceiro, nos termos gerais (art. 497.º/1 CC)<sup>2451</sup>.

O fundamento desta responsabilidade nos artigos 800.º e 807.º é, no entanto, substancialmente diverso:

- a) No primeiro caso o devedor responde por certa categoria de terceiros, que este introduziu, concretamente, no cumprimento;
- b) No artigo 807.º, o devedor responde por quaisquer fatos, incluindo de terceiros, mas sendo que terceiros podem não ter sido chamados a agir por iniciativa do devedor. Razão pela qual se trata de duas situações complementamente diversas. Além disso, de acordo com esta norma, o devedor responde por qualquer outro fato que origine a perda ou deterioração da coisa, ou seja, responde também pelo caso fortuito ou de força maior.

IV. Deste modo, embora se concorde, parcialmente, com Almeida Costa, quando afirma que o artigo 807.º do CC corresponde a um caso de “*responsabilidade objectiva na esfera contratual*”, por força direta da lei<sup>2452</sup>, parece-nos que esta afirmação não pode ser absoluta. O devedor responde aqui mais do que em termos objetivos, pelo risco, uma vez que ele corre também o risco

---

<sup>2450</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 70.

<sup>2451</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., p. 125.

<sup>2452</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 1039, nota 1.

de perda ou deterioração da coisa<sup>2453</sup>, o que tem uma finalidade essencialmente sancionatória<sup>2454</sup>. Como Menezes Leitão assinala, trata-se de um caso de *responsabilidade objetiva*, mas que pressupõe uma culpa anterior do devedor, na constituição da mora, sendo que “a mora do devedor funcionou como causa indirecta dos danos sofridos pelo credor”<sup>2455</sup>. Diferentemente, como já se assinalou, a aplicação do art. 800.º/1 do CC pressupõe uma atuação prévia *lícita* do devedor: a introdução do terceiro no esquema de cumprimento.

Mais do que responsabilidade, está em causa um problema de risco, já que no artigo 807.º se “*presume ou prescinde de um juízo de adequação causal*”<sup>2456</sup>. Ainda assim, Nuno Oliveira considera que estamos diante de uma exceção ao princípio da imputação subjetiva do não cumprimento<sup>2457</sup>.

V. A propósito do risco, far-se-á ainda uma breve menção ao novo regime constante da Lei de Defesa do Consumidor<sup>2458</sup>, que aditou o artigo 9.º-C, nos termos do qual:

1 – *Nos contratos em que o fornecedor envia os bens para o consumidor, o risco de perda ou dano dos bens transfere -se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens.*

2 – *Se o consumidor confiar o transporte a pessoa diferente da proposta pelo fornecedor de bens, o risco transfere-se para o consumidor com a entrega do bem ao transportador.*

Decorre deste regime que:

---

<sup>2453</sup> Sobre o tema, cf. NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do Direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009, em especial as pp. 460 e seguintes.

<sup>2454</sup> NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação*, ob. cit., p. 462.

<sup>2455</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 249.

<sup>2456</sup> Assim, NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação*, ob. cit., p. 462. Manifestando alguma dúvida, o Autor acaba por optar, na p. 463, pela presunção do nexo de causalidade.

<sup>2457</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 446.

<sup>2458</sup> Alteração decorrente da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

- a) O risco de perda da coisa corre por conta do fornecedor até que a coisa seja entregue ao comprador, ou a terceiro indicado pelo comprador;
- b) Logo, o comprador responde pelo risco a partir do momento em que a coisa lhe seja entregue a si, ou a um seu auxiliar;
- c) A entrega ao transportador corre ainda por conta do fornecedor, o que se explica por este ainda estar a cumprir a obrigação de entrega que sobre si impende: nesta medida, na aceção do artigo 800.º/1 do CC, o transportador é auxiliar do fornecedor.

### *Substituição (jurídica) do devedor*

I. A responsabilidade obrigacional do devedor por fato de outrem não se confunde igualmente com os casos em que ocorre uma modificação da pessoa que ocupa a posição jurídica de devedor na relação obrigacional, designadamente através de cessão da posição contratual, assunção de dívida com liberação do devedor originário<sup>2459</sup> <sup>2460</sup>.

A diferença entre estas situações e o art. 800.º/1 do CC é clara: um dos pressupostos de aplicação deste artigo reside, precisamente, na circunstância de o devedor continuar a deter esta qualidade e de o auxiliar a não ter, o que não se verifica naquelas outras situações.

II. O mesmo se diga em relação à novação, prevista no artigo 858.º CC:

*A novação por substituição do credor dá-se quando um novo credor é substituído ao antigo, vinculando-se o devedor para com ele por uma nova*

---

<sup>2459</sup> Sobre este tema: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 358 e seguintes e pp. 383 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 51 e seguintes e pp. 75 e seguintes; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1982 (reimpressão da edição de 1970), pp. 400 e seguintes.

<sup>2460</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 235 e seguintes.

*obrigação; e a novação por substituição do devedor, quando um novo devedor, contraindo nova obrigação, é substituído ao antigo, que é exonerado pelo credor.*

A novação é uma forma de extinção da obrigação<sup>2461 2462</sup> diversa do cumprimento<sup>2463 2464</sup>. Não se confunde com o artigo 800.º/1 do CC porque na novação o devedor deixa de o ser: tal como previsto na 2.ª parte do artigo 858.º, o terceiro assume a posição jurídica de devedor, desaparecendo este do quadro obrigacional. Ao invés, no artigo 800.º, há igualmente a intervenção de um terceiro: no entanto, este terceiro atua por iniciativa do próprio devedor, que, por seu turno, se mantém nessa posição jurídica. Por isso, o devedor responde pela atuação do auxiliar, nos termos do artigo 800.º, mas o devedor originário não responde pela atuação do novo devedor, pelo artigo 858.º.

#### *Contratos que proporcionam o gozo de uma coisa alheia*

I. A nível dos contratos que proporcionam o gozo de uma coisa alheia, é particularmente importante o disposto no artigo 1044.º CC<sup>2465</sup>:

*O locatário responde pela perda ou deteriorações da coisa, não excetuadas no artigo anterior, salvo se resultarem de causa que lhe não seja imputável nem a terceiro a quem tenha permitido a utilização dela.*

Esta é uma situação em que o devedor responde pela atuação de terceiro ao qual proporcionou a utilização da coisa locada<sup>2466 2467</sup>. Por *terceiro a quem*

---

<sup>2461</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 367 e seguintes.

<sup>2462</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 263.

<sup>2463</sup> M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, ob. cit., pp. 108 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., pp. 229 e seguintes; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 145 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 217 e seguintes.

<sup>2464</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 1110 e seguintes.

<sup>2465</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 299 e 300.

tenha permitido a utilização da coisa deve entender-se, em termos amplos, não apenas os familiares do locatário, mas toda e qualquer pessoa a quem este faculte o acesso ao objeto locado<sup>2468</sup>. Aqui se incluem, p.ex., trabalhadores do arrendatário, mas também toda e qualquer pessoa que tenha acesso à coisa locada por iniciativa do locatário, ou seja, que tenha sido *introduzida* por este no gozo da coisa locada. Trata-se de uma *presunção* de responsabilidade, que o locatário pode afastar se demonstrar que o dano não resultou de causa que lhe seja imputável a si ou a terceiro ao qual tenha concedido a utilização da coisa<sup>2469</sup>.

II. Assinala-se que o locatário pode possibilitar a terceiros o gozo da coisa, desde que cumulativamente com o seu próprio uso<sup>2470</sup>. Em princípio, todavia, não pode atribuir a outrem a sua posição jurídica, a menos que haja consentimento do locador. É assim no Direito português, por força do artigo 1038.º CC, cuja alínea f)<sup>2471</sup> impede o locatário de proporcionar a outrem o gozo

---

<sup>2466</sup> Sobre o artigo 1044.º do CC, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, Coordenação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 79 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 300. No projeto de Código Civil, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis*, ob. cit., pp. 184 e seguintes. O artigo 35.º estabelecia: “§ 1.º O locatário responde pela perda ou pelas deteriorações da coisa, não exceptuadas no artigo anterior, ainda que provenham de terceiro, desde que lhe haja consentido a utilização do objecto. § 2.º Fora deste caso, só responde nos termos gerais, se não provar que a perda ou as deteriorações resultaram de causa que não lhe é imputável.”. Veja-se também M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, ob. cit., pp. 654 e seguintes. Cf. ainda PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 381 e seguintes.

<sup>2467</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 215.

<sup>2468</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 305, refere, a este propósito, que se trata da “*legitimación que tal arrendatario voluntariamente confirió para el uso de la, o el acceso a la, cosa arrendada*”.

<sup>2469</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 300.

<sup>2470</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., pp. 63 e seguintes.

<sup>2471</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 301.



da coisa, exceto se a lei o permitir ou o locador o autorizar<sup>2472</sup>. O contrato é *intuitu personae*, assentando numa relação de confiança com o locatário<sup>2473 2474</sup>.

No entanto, neste caso, ou seja, se o arrendatário facultar a terceiro o gozo da coisa, sem para tanto estar devidamente autorizado, não estaremos diante de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, mas antes responsabilidade direta, por fato próprio, decorrente do incumprimento da obrigação do locatário prevista na alínea f) do artigo 1038.º do CC<sup>2475</sup>.

III. Em Espanha, o devedor responde em princípio pelos atos de tais pessoas. O artigo 1564.º CCE declara que “*El arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa*”. A norma é reforçada em caso de subarrendamento, pelo disposto nos artigos 1550.º e 1551.º CCE.

Assim também se prevê expressamente, no artigo 1588.º CCI, a propósito da locação:

*Il conduttore risponde della perdita e del deterioramento della cosa che avvengono nel corso della locazione, anche se derivanti da incendio, qualora non provi che siano accaduti per causa a lui non imputabile.*

*E' pure responsabile della perdita e del deterioramento cagionati da persone che egli ha ammesse, anche temporaneamente, all'uso o al godimento della cosa.*

No Direito italiano, segundo Bianca, esta é uma regra suscetível de aplicação analógica a todos os casos em que seja atribuído a terceiro o gozo da coisa do credor<sup>2476</sup>. À partida, considera que não são auxiliares as pessoas a quem o devedor não incumbe de nenhuma tarefa relacionada com o

---

<sup>2472</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 370 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 301.

<sup>2473</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., p. 65.

<sup>2474</sup> É esta também a situação vigente no BGB, sendo que, se o arrendatário conceder a terceiro o gozo da coisa sem para tal estar autorizado, responderá pelos atos deste terceiro. CF. LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 161.

<sup>2475</sup> Diversamente, o CCE estabelece, no artigo 1550.º, que “*Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador*”.

<sup>2476</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 467.

cumprimento mas tão-só possibilita o acesso ou gozo de um bem pertencente ao credor<sup>2477</sup>.

IV. Em Portugal, a lei consagra no art. 1044.º CC uma *presunção de culpa* do locatário<sup>2478</sup>, uma vez que é este que tem o poder sobre a coisa, o que justifica que qualquer perda lhe seja, em princípio, imputável<sup>2479</sup>.

O locatário responde pelo dano provocado por qualquer pessoa à qual tenha concedido o acesso à coisa, podendo este terceiro ser ou não seu familiar<sup>2480</sup>.

Embora previsto especificamente a propósito da locação, parece que o regime constante deste preceito é aplicável “*aos demais casos em que o detentor da coisa alheia é atingido por deveres de protecção respeitantes à sua guarda e conservação*”<sup>2481</sup>.

Com efeito, aqui o legislador não faz mais do que aplicar ao locatário a regra aplicável ao *possuidor de boa fé*, ainda que haja algumas diferenças de regime em face do art. 1269.º CC<sup>2482</sup>. Com efeito:

- a) O locatário responde pela perda ou deterioração da coisa locada, só não o sendo se provar que tal se deveu a causa que não lhe é imputável, nem a terceiro ao qual tenha permitido a utilização da coisa;
- b) O possuidor de boa fé só responde pela perda ou deterioração se se provar que teve culpa.

Trata-se aqui de uma *espécie de responsabilidade objetiva*, porquanto o locatário responde por a perda ou deterioração da coisa lhe ser imputável, e não tanto por culpa sua<sup>2483</sup>.

---

<sup>2477</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 466.

<sup>2478</sup> Assim também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 300.

<sup>2479</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., p. 80.

<sup>2480</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., p. 80.

<sup>2481</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 215.

<sup>2482</sup> Neste sentido, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 381.

V. Coloca-se a questão de saber qual a natureza da responsabilidade prevista no art. 1044.º do CC: corresponde esta a uma manifestação do princípio consagrado no art. 800.º/1 do CC, ou trata-se de situação diversa?

Segundo Carneiro da Frada, este regime implica que as pessoas que estão do lado do credor e que se encontram em posição de poder interferir danosamente na esfera jurídica do devedor se consideram *auxiliares do credor, no cumprimento do dever de proteção que sobre este impende*<sup>2484</sup>. Porém, em termos dogmáticos, o Autor recusa que o artigo 1044.º se apoie no artigo 800.º/1 CC, considerando que se trata antes da *afirmação de um princípio geral distinto*, até porque, a seu ver, muitas vezes não se preencherão aqui os requisitos da imputação ao comitente ou ao devedor (ou por não haver comissão, ou por o dano ter sido causado fora do exercício da função, p.ex.)<sup>2485</sup>. Bem assim se pronuncia igualmente Antunes Varella, afirmando que o terceiro “*não é um auxiliar no cumprimento da obrigação*”<sup>2486</sup>.

Também no Direito espanhol, Jordano Fraga não tem dúvidas que se trata de responsabilidade contratual e indireta do devedor, “*derivada de los daños causados por terceros*”; contudo recusa que estejamos diante de responsabilidade do devedor pelos seus auxiliares<sup>2487</sup>.

VI. Acompanhamos Jordano Fraga, quando o Autor afirma que este tipo de normas “*demuestran que la responsabilidad contractual indirecta, como género, no es desconocida por nuestro sistema jurídico, y, por outro, los terceros por los que se responde según las meritadas normas, aun no teniendo por qué ser auxiliares, pueden*

---

<sup>2483</sup> Neste sentido, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 381, considerando, no entanto, que em relação aos terceiros se trata de uma norma paralela à da responsabilidade do comitente, afirmação que não acompanhamos totalmente.

<sup>2484</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 215.

<sup>2485</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 216 e 217.

<sup>2486</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 103, nota 2.

<sup>2487</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 292 e 293, considerando que se trata assim de “*una responsabilidad contractual indirecta específica*”, para efeitos da qual “*basta (pero también es indispensable) que tal tercero haya sido legitimado/autorizado por aquel deudor y responsable indirecto, para el uso de la cosa ajena que éste tiene título (personal o real (...)) para disfrutar*”.

*serlo eventualmente*”<sup>2488</sup>. No entanto, não apoiamos a última parte, pois não nos parece que o conceito de auxiliar possa ser corretamente aplicado a estes casos.

Com efeito, parece-nos que este Autor, embora num primeiro momento refute que estejamos diante de responsabilidade pelos auxiliares no cumprimento, acaba por defender precisamente esta posição, com o argumento de que há que atender à relação obrigacional no seu todo, da qual decorre o dever de destinar a coisa arrendada ao uso convencionado e ainda o dever de cuidar e conservar a coisa diligentemente. Conclui, assim, que a partir de uma *“contemplación global o completa del contenido obligacional (...) podemos considerar a dichos terceros como sujetos introducidos, por voluntad o iniciativa del deudor, en el conjunto de deberes de custodia, conservación, trato diligente y conforme al uso convenido que sobre él pesan con relación a la cosa arrendada”*<sup>2489</sup>.

VII. Pela nossa parte, concordamos apenas parcialmente com esta tese. Parece-nos que efetivamente se trata de um caso similar à responsabilidade por fato de outrem, mas não de responsabilidade pelo incumprimento duma obrigação na aceção que lhe é dada pelo artigo 800.º/1 CC.

Para tal conclusão, invocamos os seguintes argumentos:

- a) O devedor, i.e., o locatário, não utiliza estas pessoas, sejam eles familiares ou simples visitas da sua casa, sejam sublocatários, como seus auxiliares no cumprimento. Assim, não se verifica a introdução de tais pessoas por parte do locatário, com vista ao cumprimento de uma obrigação.
- b) Em segundo lugar, aqui não se estará diante do cumprimento duma obrigação, mas antes no gozo do direito de usar a coisa locada.

O gozo da coisa é o principal direito emanado do contrato de locação para o locatário e, ainda que deva ser efetuado com diligência, não deixaremos

---

<sup>2488</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 294.

<sup>2489</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 295 e 297, onde afirma que estes preceitos *“no son más que manifestación (y aplicación a casos concretos) del principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento”*.

de estar diante de uma situação jurídica ativa, afigurando-se incoerente aplicar o regime do incumprimento obrigacional. Se assim não fosse, que utilidade teria, então, o regime especial do contrato de locação, previsto no artigo 1044.º, em face do artigo 800.º CC? Se estivéssemos apenas diante de responsabilidade indireta e obrigacional por fato de auxiliares, faria sentido o cuidado do legislador em estabelecer este regime?<sup>2490</sup>

Assim, o nosso entendimento converge com o de Carneiro da Frada: estamos diante de um princípio distinto do contemplado no art. 800.º/1 do CC, ainda que a sua justificação possa ser, igualmente, a circunstância de ser o próprio locatário a retirar benefício da utilização da coisa por estes “auxiliares”.

#### *Resolução do contrato de locação com fundamento em justa causa objetiva*

I. Outra norma importante é a que se encontra prevista no artigo 1050.º CC<sup>2491</sup>:

*O locatário pode resolver o contrato, independentemente de responsabilidade do locador:*

- a) Se, por motivo estranho à sua própria pessoa ou à dos seus familiares, for privado do gozo da coisa, ainda que só temporariamente;*
- b) Se na coisa locada existir ou sobrevier defeito que ponha em perigo a vida ou a saúde do locatário ou dos seus familiares.*

II. A norma prevista neste preceito corresponde a situações que são designadas pela doutrina alemã como “*Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*”, ou seja, contratos com eficácia protetora de terceiros, sendo que aqui estão incluídos não apenas os familiares do locatário, como também os

---

<sup>2490</sup> Aliás, do mesmo modo, no BGB, o arrendatário tem o dever de cuidar da coisa, respondendo, nos termos do § 278, pelas pessoas que receba ou admita em sua casa e a quem possibilite o respetivo gozo. Neste sentido, LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 160 e nota 4.

<sup>2491</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., pp. 99 e seguintes.

“trabalhadores, os auxiliares e os demais colaboradores”<sup>2492</sup>. Assim, o locador deve assegurar o gozo do objeto, não somente ao locatário, como às pessoas que com ele habitem no prédio, designadamente aos seus familiares, pese embora estes não sejam partes no contrato<sup>2493</sup>. A lei considerou que certas eventualidades, embora não respeitantes ao locatário, são um risco que deve ser repercutido sobre o locador<sup>2494</sup>.

III. Neste sentido, a norma aproxima-se do artigo 800.º/1 do CC, uma vez que estende a terceiros o âmbito das obrigações do senhorio, tal como o artigo 800.º estende ao terceiro auxiliar a atuação que seria imposta ao próprio devedor, se tivesse sido ele mesmo a atuar. Por outro lado, o artigo 1050.º CC não requer a culpa do locador<sup>2495</sup>, funcionando em moldes objetivos<sup>2496 2497</sup>.

IV. De referir que o locador responde pelos atos de terceiros que introduza na relação locatícia, quando os utilize no cumprimento das suas obrigações<sup>2498</sup>. Assim, responde pelo empreiteiro e pelo pessoal deste, a quem contratou uma reparação no locado, assim como responde pelos atos do seu porteiro ou caseiro, a quem incumbiu a guarda do locado<sup>2499</sup>.

---

<sup>2492</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., p. 99.

<sup>2493</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 63.

<sup>2494</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., p. 99.

<sup>2495</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 318 e nota 712, considerando que a culpa não é pressuposto da resolução, mas apenas da indemnização.

<sup>2496</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano*, ob. cit., p. 99.

<sup>2497</sup> Contudo, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 311 e 312, Contudo, não considera auxiliar do locador o locatário de uma casa vizinha de outra casa, igualmente arrendada, supondo que, com o uso negligente que faz da sua casa arrendada, causa prejuízos ao outro inquilino, porquanto se trata de objetos independentes entre si, não havendo aqui nenhuma obrigação por parte do locador.

<sup>2498</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 356 e 357; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 387 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 318.

<sup>2499</sup> Em Espanha, ainda que na ausência de uma norma expressa neste sentido, a doutrina tem vindo a afirmar que o locador responde igualmente pelos terceiros de que se sirva e introduza no cumprimento das suas obrigações perante o locatário. Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 309.

Este é um dos casos em que o devedor assume obrigações não apenas em relação à pessoa do credor, como igualmente em relação a outras pessoas com as quais este se relaciona<sup>2500</sup>. Como se mencionou, a doutrina alemã explica o âmbito *alargado* dos deveres obrigacionais com recurso ao contrato a favor de terceiro, previsto no § 328 BGB, considerando que neste caso haveria um *contrato com eficácia protetora de terceiros*. Não obstante, nos casos em que tais deveres não resultem expressamente da lei, estes deveres emanam, certamente, da boa fé, não se mostrando por isso necessário o recurso à formulação do contrato a favor de terceiro, que, em contrapartida, pode ser inadequado, atendendo a que os *terceiros* em questão não tem de aceitar o benefício.

V. A questão está em saber se se pode, com rigor, falar de terceiros nestes casos. Trata-se de pessoas que estão numa relação de proximidade com o credor, ou porque são seus familiares, ou porque com ele colaboram em termos profissionais. A *ratio* da aplicação dos deveres obrigacionais a estas pessoas poderá residir, assim, no próprio interesse do credor na prestação, que, de outro modo, não seria integralmente satisfeito.

Assim, parece-nos que o art. 1050.º CC, muito embora apresente algumas semelhanças com o art. 800.º/1 do CC, com ele não se confunde:

- a) No art. 1050.º, o locador pode sofrer as consequências da atuação de um auxiliar, bem como de um outro qualquer fato, resultante de ação de terceiro ou mesmo de um fato fortuito, ao qual seja totalmente alheio;
- b) Neste caso, o dano não se verifica necessariamente no âmbito do cumprimento das obrigações do locador: pode ser que assim seja, quando o locador atribua, p.ex., a um terceiro, a execução de um dever que lhe compete (por hipótese, quando contrata uma empresa para realizar uma obra na casa locada). No entanto, o preceito aplica-se a casos em que tal não sucede.

---

<sup>2500</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 239, referindo os familiares, visitantes e empregados do credor.

I. De referir é ainda o disposto no artigo 1136.º CC:

1. *Quando a coisa emprestada perecer ou se deteriorar casualmente, o comodatário é responsável, se estava no seu poder tê-lo evitado, ainda que mediante o sacrifício de coisa própria de valor não superior.*
2. *Quando, porém, o comodatário a tiver aplicado a fim diverso daquele a que a coisa se destina, ou tiver consentido que terceiro a use sem para isso estar autorizado, será responsável pela perda ou deterioração, salvo provando que ela teria igualmente ocorrido sem a sua conduta ilegal.*
3. *Sendo avaliada a coisa ao tempo do contrato, presume-se que a responsabilidade ficou a cargo do comodatário, embora este não pudesse evitar o prejuízo pelo sacrifício de coisa própria.*

O regime constante do n.º 1 do artigo 1136.º imputa ao comodatário o risco de perda ou deterioração casual da coisa quando este tivesse podido evitar tal resultado, ainda que para tal fosse necessário sacrificar um bem seu, de valor não superior ao objeto do comodato<sup>2501</sup>. Trata-se de um “*regime especial de diligência em relação à sua obrigação de custódia da coisa*”, que difere do critério geral da diligência do bom pai de família, adotado nos artigos 487.º/2 e 799.º/2 do CC<sup>2502</sup>, uma vez que responde se pudesse salvar a coisa, ainda que com sacrifício de coisa própria, de valor não superior<sup>2503</sup>. Porém, note-se que se continua a aplicar ao comodatário a presunção de culpa do art. 799.º/1<sup>2504</sup>.

A norma que se aproxima do artigo 800.º é, no entanto, a contemplada no n.º 2 deste preceito: aqui o comodatário responde, a título subjetivo, pela perda

---

<sup>2501</sup> No projeto de Código Civil, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis*, ob. cit., pp. 213 e seguintes, em especial o artigo 8.º do Anteprojeto: “§ 1.º *Se a coisa emprestada perece casualmente, o comodatário, ainda assim, é responsável, quando se prove que podia salvá-la mediante o sacrifício de coisa própria.* § 2.º *Mas se a perda se dá em circunstâncias tais que teria ocorrido mesmo que a coisa não estivesse emprestada, o comodatário apenas responderá por metade do valor dela.* § 3.º *Na hipótese de se ter feito a avaliação da coisa quando se celebrou o contrato, a sua perda casual fica a cargo do comodatário, embora este não pudesse evitá-la pelo sacrifício de coisa própria.*”.

<sup>2502</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., pp. 42 e seguintes.

<sup>2503</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 338.

<sup>2504</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 338.



ou deterioração da coisa. Trata-se ainda assim de um regime excecional, fundado na atribuição ao comodatário da culpa<sup>2505</sup>.

II. Ao contrário do que se verifica no art. 800.º, o art. 1136.º/2 do CC contempla um caso de imputação direta, i.e., por fato próprio<sup>2506</sup>: o comodatário responde porque incumpriu o contrato, ao facultar a terceiro o gozo da coisa, ou ao aplicar a coisa a fim diverso daquele que a mesma se destina. Há, então, um agravamento da esfera de risco que corre por conta do comodatário, o qual se deve a uma conduta ilícita e culposa deste<sup>2507</sup>, não se confundindo por isso as duas situações. Trata-se de *responsabilidade objetiva* do comodatário, “independentemente da diligência que tenha utilizado relativamente à guarda ou conservação da coisa”, ainda que possa afastar a sua responsabilidade se demonstrar a relevância negativa da causa virtual<sup>2508</sup>.

#### *Transmissão do direito de usufruto*

I. Outro regime a assinalar é o constante do artigo 1444.º CC:

1. *O usufrutuário pode trespassar a outrem o seu direito, definitiva ou temporariamente, bem como onerá-lo, salvas as restrições impostas pelo título constitutivo ou pela lei.*
2. *O usufrutuário responde pelos danos que as coisas padecerem por culpa da pessoa que o substituir.*

O usufrutuário pode assim alienar o seu direito, quer a título gratuito, quer oneroso, por período delimitado de tempo ou não, desde que não

---

<sup>2505</sup> No entanto, considerando que se trata de “culpa indirecta”, entendimento que não acompanhamos, cf. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 753.

<sup>2506</sup> Assente, por isso, na violação do contrato. Assim, cf. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 754.

<sup>2507</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 753 e seguintes.

<sup>2508</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 339.

ultrapasse os limites do seu próprio direito. Pode igualmente onerar o seu direito, constituindo sobre este direitos reais menores<sup>2509</sup>.

Em termos similares, no Direito espanhol, o artigo 498.º CCE declara que *“El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya”*.

II. O art. 1444.º contém um regime de responsabilidade objetiva por fato de outrem, o qual no entanto difere do previsto no artigo 800.º uma vez que aqui se prevê a responsabilidade pela atuação do *substituto jurídico*, e não do auxiliar de cumprimento<sup>2510</sup>. Como veremos no ponto seguinte, em princípio o devedor responde, ao abrigo do artigo 800.º/1 CC, pela atuação do auxiliar, bem como do substituto material. Contudo, não responde pelo substituto jurídico, i.e., pela atuação de uma pessoa que ocupa o seu lugar na relação obrigacional concretamente incumprida. Ao invés, no artigo 1444.º, é precisamente isso que se verifica: o usufrutuário originário, não obstante deixar de ter essa qualidade, continua a responder pelo incumprimento das obrigações decorrentes do usufruto, quando tal incumprimento seja devido a pessoa à qual transmitiu essa mesma posição. Razão pela qual as duas normas se não confundem entre si, apesar de se tratar também de responsabilidade objetiva<sup>2511</sup>.

---

<sup>2509</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 313.

<sup>2510</sup> Sobre o art. 1444.º, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 313; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 747; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., p. 473; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., p. 421; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 354.

<sup>2511</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 313.

I. Relevante mostra-se ainda a diferenciação face ao regime da responsabilidade do Estado pela atuação dos seus órgãos, agentes e representantes. Em especial, destaca-se o artigo 501.º CC, com origem no famoso acórdão francês *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, de 1 de Fevereiro de 1873<sup>2512</sup>.

No Direito português, a responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiros, pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada encontra-se consagrada no artigo 22.º da Constituição<sup>2513</sup>. Os contornos concretos desta responsabilidade variam em função da prática de atos de gestão pública ou de gestão privada.

II. O artigo 22.º da Constituição estabelece a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, nos seguintes moldes:

*O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.*

O artigo 22.º da Constituição consubstancia uma garantia institucional, sendo um dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, pelo que possui uma natureza de direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias<sup>2514</sup>.

---

<sup>2512</sup> LUÍS VASCONCELOS ABREU, *Responsabilidades disciplinar e civil dos funcionários e agentes da Administração Pública e responsabilidade civil desta última perante terceiros pelos actos dos seus funcionários e agentes*, em Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Volume 5, 2.ª edição, Lisboa, Verbo, 2005, p. 526.

<sup>2513</sup> LUÍS VASCONCELOS ABREU, *Responsabilidades disciplinar e civil dos funcionários e agentes da Administração Pública e responsabilidade civil desta última perante terceiros pelos actos dos seus funcionários e agentes*, p. 527.

<sup>2514</sup> Neste sentido, cf. AAVV, *Constituição Anotada*, LUÍSA NETO / ANABELA LEÃO (Coordenação), Anotação de Vanessa Madureira, Porto, Edição policopiada, 2006, p. 84.

O preceito consagra a responsabilidade delitual do Estado pelos fatos ilícitos danosos praticados no exercício de funções públicas e por causa desse exercício, não se confundindo com os atos de gestão pública<sup>2515</sup>.

III. A norma modifica o princípio consagrado nas Constituições anteriores<sup>2516 2517</sup>, que assentava na responsabilização do próprio agente ou funcionário do Estado<sup>2518</sup>, passando agora a determinar um regime de *responsabilidade direta do Estado*<sup>2519</sup>.

IV. O artigo 22.º da CRP protege os direitos, liberdades e garantias lesados por ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, consagrando um *direito de defesa* dos cidadãos que se relaciona com princípios constitucionais estruturantes, como o princípio do Estado de Direito, o princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade da ação do Estado e o princípio da igualdade<sup>2520</sup>. É assim estabelecido o “*princípio da responsabilidade dos poderes públicos (Estado e demais entidades públicas) pelos prejuízos causados por ações ou omissões dos titulares dos seus órgãos, lesivas de direitos e interesses dos particulares*”<sup>2521</sup>.

---

<sup>2515</sup> AAVV, *Constituição Anotada*, LUÍSA NETO / ANABELA LEÃO (Coordenação), Anotação de Vanessa Madureira, ob. cit., p. 84.

<sup>2516</sup> Não obstante, em sentido diverso, SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, Verbo, 1978, p. 35, afirma que este é um princípio indiscutível, consagrado desde 1822, acrescentando ainda que seria importante consagrar também a responsabilidade política e criminal para os titulares dos órgãos.

<sup>2517</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 630.

<sup>2518</sup> A Constituição de 1822, bem como a Carta Constitucional de 1826 e a Constituição de 1838 de referiam apenas a responsabilidade dos funcionários públicos. Por seu turno, as Constituições de 1911 e de 1933 não referiam expressamente o assunto.

<sup>2519</sup> Note-se que não se trata, apenas, de responsabilidade indireta do Estado, pelos atos dos seus órgãos, agentes e funcionários. Aqui se inclui igualmente a responsabilidade pela função legislativa, a qual é uma responsabilidade direta. Sobre o tema, incluindo uma apreciação em termos de Direito comparado e evolução histórica no Direito português, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 883 e seguintes.

<sup>2520</sup> Neste sentido, cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2007, p. 425.

<sup>2521</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 426.

Trata-se, por conseguinte, de uma norma geral, dirigida a toda e qualquer entidade pública, independentemente da forma como esta atue<sup>2522</sup>. A regra é precativa, imediatamente exequível por si própria na parte respeitante aos direitos, liberdades e garantias<sup>2523</sup>. Parece pois irrelevante que se trate de ato de gestão pública ou de gestão privada<sup>2524 2525</sup>, ainda que haja doutrina que conteste a aplicação da norma ao segundo caso: o Estado responderá em qualquer caso, sendo este um *princípio geral de responsabilidade*<sup>2526</sup>, quer porque se aplica o artigo 501.º do CC<sup>2527</sup>, quer porque se aplica o artigo 22.º da CRP.

No âmbito dos atos de gestão pública estão incluídos os realizados no exercício da função administrativa, bem como legislativa<sup>2528</sup> e jurisdicional<sup>2529</sup>.

V. A doutrina constitucionalista questiona se estamos diante de um verdadeiro direito fundamental<sup>2530 2531 2532</sup> ou de um princípio<sup>2533 2534 2535</sup>.

---

<sup>2522</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 426.

<sup>2523</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, ob. cit., p. 161.

<sup>2524</sup> Neste sentido, cf. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 475.

<sup>2525</sup> Assim também MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, ob. cit., p. 161, que considera que o artigo 22.º da CRP é aplicável quer à responsabilidade contratual, quer extracontratual, bem como por atos de gestão pública ou privada.

<sup>2526</sup> Assim, J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 427.

<sup>2527</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, ob. cit., p. 905.

<sup>2528</sup> Assim, RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 88 e seguintes.

<sup>2529</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 426.

<sup>2530</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. L, N.ºs 1 e 2, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 9 e seguintes. Cf. também JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Lisboa, 2002, pp. 114 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 137 e seguintes e ainda em especial *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 49 e seguintes; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 1, O Estado e os Sistemas Constitucionais, 10.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2014, pp. 198 e seguintes; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, Coimbra editora, 2007, pp. 61 e seguintes, e, do mesmo Autor, *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, pp. 737 e seguintes.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, não há dúvidas de que se trata de um direito fundamental<sup>2536</sup>, não obstante a sua inserção sistemática: o lesado é titular do direito à reparação pelos danos sofridos<sup>2537</sup>.

A essência do art. 22.º reside na consagração da *responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas*, enquanto “*instrumento fundamental de protecção dos particulares num Estado de Direito*”<sup>2538</sup>. O seu objetivo é estabelecer o ressarcimento dos particulares pelos danos que estes venham a sofrer em decorrência da atuação dos titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado. Trata-se de uma garantia fundamental<sup>2539</sup>.

Este direito terá ainda uma eficácia imediata, nos seguintes termos<sup>2540</sup>:

---

<sup>2531</sup> VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, “*Todos diferentes, todos iguais*”. *Breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais*, em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 553 e seguintes.

<sup>2532</sup> Acerca da eficácia civil dos direitos fundamentais, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 933 e seguintes.

<sup>2533</sup> Sobre a questão, cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 428 e seguintes; JORGE MIRANDA, *O regime dos direitos, liberdades e garantias*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, Volume III, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, pp. 41 e seguintes.

<sup>2534</sup> VITAL MOREIRA, *A formação dos “Princípios Fundamentais” da Coonstituição*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, Volume III, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, pp. 9 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Constituição patrimonial privada*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, Volume III, ob. cit., pp. 365 e seguintes.

<sup>2535</sup> Sobre o tema, considerando que se trata de um *princípio geral de responsabilidade*, cf. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 468 e seguintes. Cf. também: JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª edição, Lisboa, Âncora Editora, 2009, p. 111; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 77.

<sup>2536</sup> Cf. também RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, ob. cit., p. 92.

<sup>2537</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 428.

<sup>2538</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 472.

<sup>2539</sup> Sobre os direitos, liberdades e garantias, cf. RUI MEDEIROS, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Volume I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 657 e seguintes. O Autor sublinha, a p. 661, que há uma unidade dos direitos fundamentais, o que no entanto não impede que cada direito fundamental seja tomado como um todo, e não cada uma das pretensões específicas nele integradas com ele ele relacionadas por si só.

<sup>2540</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 429.

- a) O Estado e demais pessoas coletivas públicas são responsáveis, civilmente, pelos danos causados aos particulares pelos seus órgãos, titulares ou agentes no exercício dos poderes públicos;
- b) O Estado e demais pessoas coletivas públicas são diretamente responsáveis;
- c) Os particulares são titulares de um direito, podendo acionar judicialmente o Estado com vista a obter a reparação.

VI. Questiona-se se decorre do art. 22.<sup>o</sup><sup>2541</sup>:

- a) Apenas o princípio da responsabilidade civil por fatos ilícitos culposos e danosos, causados por titulares de órgãos, agentes ou funcionários<sup>2542 2543</sup>, no exercício de funções públicas e por causa desse exercício;
- b) Ou também a responsabilidade pelo risco e pelo sacrifício.

VII. É importante sublinhar – até porque neste ponto é idêntica a situação no art. 800.<sup>o</sup>/1 CC – que a teleologia do art. 22.<sup>o</sup> CRP “*vale igualmente para as faltas anónimas e para as faltas colectivas*”<sup>2544</sup>. Assim, embora esteja pensado para a imputação individual do dano a uma determinada pessoa, a responsabilidade existe, mesmo que o dano decorre de um anormal funcionamento do serviço, devido a vícios de organização<sup>2545</sup>.

---

<sup>2541</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 475, onde se pronunciam a favor da primeira solução, ainda que admitindo que o art. 22.<sup>o</sup> consagra um “*princípio geral de responsabilidade civil do Estado, seja por fato ilícito, seja pelo sacrifício ou pelo risco*”.

<sup>2542</sup> Sobre a organização administrativa, cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 175 e seguintes.

<sup>2543</sup> JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Âncora Editora, 2009, pp. 115 e seguintes.

<sup>2544</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 483. Cf. também, com interesse: MICHEL PAILLET, *La faute du service public en Droit Administratif Français*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980, pp. 379 e seguintes.

<sup>2545</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 483.

VIII. A doutrina questiona se o artigo 22.º da CRP abrange a responsabilidade por atos de gestão pública e de gestão privada<sup>2546</sup> contratual<sup>2547</sup> e extracontratual<sup>2548 2549</sup>.

O TC considerou, no seu Acórdão n.º 153/90, que o art. 22.º visava, apenas, a responsabilidade delitual. Posteriormente, no Acórdão n.º 385/05, afirmou que o direito a indemnização, no âmbito de uma relação contratual, poderia ser visto como uma refração da tutela constitucional facultada aos princípios da autonomia, liberdade contratual e iniciativa privada, que assentam nos artigos 26.º e 61.º da CRP.

Por outro lado, quanto aos atos de gestão privada, é de aplicar o art. 501.º do CC<sup>2550</sup>, que retoma o regime do art. 165.º CC, aplicável às pessoas coletivas<sup>2551</sup>.

IX. O conceito de funcionário de entidade pública é um “conceito amplo”, sendo relevante aferir se este desempenha ou não uma atividade jurídico-pública<sup>2552</sup>. De assinalar que este funcionário pode igualmente responder, mas em termos diretos, de acordo com o artigo 271.º da CRP<sup>2553</sup>. Assim, Rebelo de

---

<sup>2546</sup> Acerca destes conceitos, cf. MARCELLO CAETANO, *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 36 e seguintes; *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 2 e seguintes; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 26 e seguintes; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 73 e seguintes.

<sup>2547</sup> Acerca da generalização das formas de atuação de direito privado da Administração Pública, em particular através do contrato, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 42 e seguintes. Cf. também, da mesma Autora, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003, em especial as pp. 71 e seguintes.

<sup>2548</sup> Assim, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 160.

<sup>2549</sup> Neste sentido, cf. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 153/90 (Processo n.º 340/87), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900153.html>.

<sup>2550</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 77.

<sup>2551</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, ob. cit., p. 905.

<sup>2552</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 432 e 434.

<sup>2553</sup> Sobre o tema, J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 850 e seguintes;



Sousa assinala que o artigo 22.º da Constituição consagra a responsabilidade das entidades públicas em segundo grau, conexas com a responsabilidade em primeiro grau, imputada aos próprios órgãos, funcionários ou agentes<sup>2554</sup>, sendo que estes deverão ter praticado um qualquer ato ilícito e culposos.

X. Incluída no artigo 22.º da CRP é a responsabilidade a nível do Direito europeu, em duas vertentes<sup>2555 2556</sup>:

- a) Responsabilidade da União Europeia por ações ou omissões dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes;
- b) Responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito Europeu.

Tal encontra-se também consagrado no artigo 288.º do Tratado UE.

XI. O legislador pode regulamentar a responsabilidade do Estado, mas é-lhe vedado excluir esta garantia<sup>2557</sup>.

Por outro lado, para que haja esta responsabilidade, é necessário que o órgão, funcionário ou agente se encontre no exercício de funções jurídico-públicas e que o dano tenha sido causado por causa desse exercício<sup>2558</sup>. Exige-se

---

JORGE MIRANDA, *Artigo 22.º da Constituição e demandas contra titulares de órgãos, funcionários e agentes*, em *Revista O Direito*, Ano 133.º, 2001, IV, outubro-dezembro, pp. 1003 e seguintes.

<sup>2554</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, ob. cit., p. 161.

<sup>2555</sup> Neste sentido, cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 433.

<sup>2556</sup> Sobre o princípio da responsabilidade dos Estados-membros por danos causados aos particulares por ações ou omissões dos Estados-membros contrários ao Direito europeu, cf. o Acórdão Francovich do TJUE, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99358&pageIndex=0&doclang=PT&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20319>, e, bem assim, em especial, o Acórdão Brasserie du Pêcheur, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=81389&pageIndex=0&doclang=PT&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20319>. Neste último aresto, o TJUE afirmou que “O princípio segundo o qual os Estados membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares em virtude das violações do direito comunitário que lhes são imputáveis é aplicável sempre que o incumprimento em causa seja atribuído ao legislador nacional”.

<sup>2557</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 430. Os Autores incluem ainda a função normativa, ou seja, os danos decorrentes de prejuízos causados por uma norma julgada inconstitucional.

<sup>2558</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 433.

uma conexão interna ou material, não bastando que o dano se verifique por ocasião do exercício de funções<sup>2559</sup>. Com efeito, a Constituição sublinha a necessidade de o ato ser praticado *no exercício e por causa do exercício de funções*.

De acordo com a doutrina administrativista, quando o ato é praticado com excesso de funções não é praticado no exercício e por causa do exercício de funções, conceção que parece assim afastar-se da vigente no Direito privado. Deverá então verificar-se uma “*conexão relevante da conduta lesiva com o exercício de funções públicas, nas bastando, por exemplo, para o efeito a existência de um nexo meramente local ou temporal*”<sup>2560</sup>.

O artigo 22.º da Constituição não exige expressamente que se trate de um ato ilícito e culposo. Não obstante, a referência à responsabilidade solidária parece indiciar que tal é necessário<sup>2561 2562</sup>.

A doutrina propende a não admitir a validade de cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade do Estado<sup>2563</sup>. Com efeito, neste caso, apenas a lei, respeitando o artigo 18.º da Constituição, poderá limitar a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas.

---

<sup>2559</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 434, referindo a necessidade de “*uma aparência de relação funcional justificativa da boa-fé da confiança do cidadão lesado*”.

<sup>2560</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 484, assinalando que apesar da intenção restritiva da formulação literal do art. 22.º, a solução neste contida não diferirá da aplicada, no Direito Civil, à responsabilidade do comitente.

<sup>2561</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., p. 435, ainda que acrescentem que não é líquido que a referência à responsabilidade solidária tenha o significado de obrigação solidária, no termos da lei civil.

<sup>2562</sup> Assim também RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, ob. cit., p. 92. Com interesse, veja-se ainda PAULO OTERO, *Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por fato ilícito*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 965 e seguintes, onde refere como causas de justificação da ilicitude as seguintes: a) cumprimento de um dever jurídico; b) exercício regular de uma permissão conferida pela ordem jurídica; c) consentimento do lesado. Em especial, cf. ainda as pp. 981 e seguintes, onde analisa as “*causas de interrupção da causalidade*”, ou seja, o fato imputável à vítima, a força maior, o caso fortuito e o fato culposos de terceiro.

<sup>2563</sup> J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 437 e 438.

XII. Inicialmente e durante muito tempo a responsabilidade do Estado por atos de *gestão pública* esteve regulada no DL n.º 48.051<sup>2564</sup>, de 21 de novembro.

Durante décadas, o tema da responsabilidade civil da Administração Pública encontrava-se regulado neste diploma de novembro de 1967, no qual se encontrava consagrada a responsabilidade civil objetiva de primeiro grau das entidades públicas em três situações:

- a) Fato ilícito e culpa leve do agente;
- b) Fato ilícito com justificação da ótica do agente;
- c) *Culpa de serviço*.

Segundo Rebelo de Sousa, enquanto nas primeiras duas situações nos deparávamos com um dano cujo autor era conhecido, sendo o estabelecimento responsável em 1.º grau, a título objetivo, o mesmo não sucedia no segundo caso, em relação ao qual afirma: “A chamada «culpa do serviço» não é, contudo, culpa alguma, já que não envolve qualquer juízo pessoal de censurabilidade, e, portanto, é indevido o tratamento doutrinário e jurisprudencial que, nesse contexto, tem merecido.”<sup>2565</sup>. A este respeito, o Autor considera que a “responsabilidade objectiva por ilícito do serviço traz consigo uma verdadeira revolução nos quadros clássicos da visão da responsabilidade civil da Administração Pública”, já que é uma responsabilidade objetiva e é uma responsabilidade de primeiro grau<sup>2566</sup>. Não obstante, neste ponto a responsabilidade seria idêntica à consagrada no artigo 800.º do CC, ao qual a ideia de “dano anónimo” se encontra igualmente associada. O mesmo se diga relativamente à afirmação de Rebelo de Sousa de

---

<sup>2564</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 634, assinala que o art. 501.º do CC apenas revogou o regime do Código de Seabra nesta matéria em relação aos atos de gestão privada, tendo aquele regime continuado em vigor e aplicável aos atos de gestão pública, até à entrada em vigor do DL n.º 48.051.

<sup>2565</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, ob. cit., p. 168.

<sup>2566</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, ob. cit., p. 170.

que “se trata é de ilicitude do serviço e não de culpa do serviço”, o que sucede igualmente no artigo 800.º do CC<sup>2567</sup>.

XIV. De acordo com os artigos 2.º e 3.º do DL n.º 48.051, em caso de atos ilícitos praticados por titulares de órgãos do Estado ou por agentes deste, poderia ocorrer:

- a) *Responsabilidade direta do Estado*, com ou sem direito de regresso contra tais titulares de órgãos ou agentes;
  - a. Neste caso, a responsabilidade direta do Estado sem direito de regresso verificava-se sempre que ocorresse uma ofensa a terceiro ou a violação de uma disposição legal destinada a proteger um interesse de terceiro resultante de um ato ilícito, culposamente praticado pelo respetivo órgão ou agente no exercício das suas funções e por causa desse exercício, se os titulares do órgão ou agentes culpados não tivessem procedido com zelo e diligência manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados, em função do seu cargo;
- b) *Responsabilidade direta e exclusiva dos titulares dos órgãos ou agentes*, quando tiverem excedido os limites das suas funções ou se, no desempenho destas, tiverem agido dolosamente;
- c) *Responsabilidade solidária do Estado e dos titulares dos órgãos ou agentes*.

XV. Sendo esta a redação originária do diploma de 1967, o STJ assinalou que a Constituição de 1976 estabeleceu<sup>2568 2569</sup>:

---

<sup>2567</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, ob. cit., p. 172.

<sup>2568</sup> O STJ salientou que, com esta opção, o legislador português preteriu o sistema francês, constante do Decreto-Lei n.º 48.051, a favor do sistema anglo-americano. Neste sentido, cf. *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 357, 1986, p. 394.

<sup>2569</sup> De referir que o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 236/2004 de 13.04.2004, Relator Juiz Conselheiro Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040236.html>, decidiu não julgar inconstitucionais as normas dos artigos 2.º e 3.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 48.051, as quais eximiam de responsabilidade, no âmbito das relações externas, os titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas por danos causados pela prática de atos ilícitos e culposos no exercício das suas funções e por causa delas.

- a) No artigo 22.º, que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, de forma solidária, com os titulares dos seus órgãos ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem;
- b) Além disso, no artigo 271.º, que os titulares dos órgãos e agentes são, eles mesmos, civil, disciplinar e criminalmente responsáveis perante terceiros pelas ações e omissões de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Assim, esta modificação na Lei Fundamental teve repercussões no diploma de 1967<sup>2570</sup>, que apenas se manteve em vigor na parte compatível com a Constituição, não se limitando, portanto, a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas<sup>2571</sup>.

Por exemplo, no caso decidido pelo STJ no seu Acórdão de 6.5.1986<sup>2572</sup>, um cidadão foi atingido por um tiro disparado por um guarda especial de caça, o qual se encontrava em serviço aquando do acontecimento, no âmbito de um ato de gestão pública, pelo que foi afirmada a responsabilidade do Estado. Por isso, neste caso, foram considerados responsáveis perante o lesado tanto o Estado, como o agente diretamente causador do dano.

XVI. No Acórdão do STJ de 19 de outubro de 1975 discutiu-se o problema do ressarcimento dos danos causados a terceiro devido à condução de um veículo militar por um aspirante a militar não titular de carta de condução nem tão pouco das habilitações necessárias a conduzir aquele tipo de

---

<sup>2570</sup> AAVV, *Constituição Anotada*, LUÍSA NETO / ANABELA LEÃO (Coordenação), Anotação de Vanessa Madureira, ob. cit., p. 86, considera que o artigo 3.º, n.º 2, “*caducou por impossibilidade superveniente, face ao artigo 22º da nossa Lei Fundamental, existindo sempre solidariedade em caso de procedimento doloso ou não dos titulares dos órgãos ou agentes*”.

<sup>2571</sup> No sentido de que a Constituição de 1976 revogou parcialmente o disposto no diploma de 1967 parece ter-se pronunciado ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3606, p. 322.

<sup>2572</sup> Disponível em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 357, 1986, pp. 392 a 395.

veículo<sup>2573</sup>. Uma das dúvidas residia na natureza do ato em causa, nomeadamente se era um ato de gestão pública ou privada.

Nas três instâncias o Estado foi condenado a ressarcir o lesado, tendo-se considerado que:

- a) O militar em causa tomou conta da condução da viatura por motivo de força maior, designadamente devido à indisposição do condutor autorizado, apesar de aquela função não lhe ter sido acometida;
- b) O acidente deu-se quando o militar conduzia a viatura;
- c) Está em causa um ato de gestão privada, devendo aplicar-se os artigos 500.º e 501.º CC, sendo este último especial em relação ao artigo 503.º;
- d) A atuação do militar infringiu várias normas do Código da Estrada, designadamente a que proíbe a condução sem carta e o limite de velocidade, bem como a norma legal que proíbe a condução de viaturas militares na via pública por militares não encartados;
- e) A ilicitude do ato do militar não obsta à qualificação do mesmo como o exercício de uma atividade de gestão privada do Estado;
- f) É relevante decidir o caso em atenção ao *“justo equilíbrio entre o interesse da pessoa colectiva, ou do comitente, por um lado e o interesse do lesado, por outro”*<sup>2574</sup>;
- g) O princípio *ubi commodum, ibi incommodum* não justifica inteiramente o regime constante dos artigos 500.º e 501.º CC, mas explica-o suficientemente;
- h) O Estado responde pelos *“excessos unicamente tornados possíveis por causa das funções confiadas a quem os praticou”*<sup>2575</sup>, pelo que neste caso se deve entender que tudo ocorreu devido à função confiada ao militar, que agiu no interesse do Estado.

---

<sup>2573</sup> Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975, em Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, pp. 308-317.

<sup>2574</sup> *Acórdão de 19 de Outubro de 1975, em Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, p. 313.

<sup>2575</sup> *Acórdão de 19 de Outubro de 1975, em Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, p. 313.

Em anotação a este aresto, Vaz Serra concordou com a qualificação do ato como sendo de gestão privada do Estado, aplicando-se, por conseguinte, os artigos 500.º e 501.º. Todavia, neste caso havia que apurar se o ato fora praticado *no exercício da função*, ou apenas por ocasião desse mesmo exercício.

XVII. A Lei n.º 67/2007<sup>2576 2577 2578</sup>, de 31 de dezembro (com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho), estabelece atualmente o regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e pessoas coletivas de Direito Público, sem prejuízo dos regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa (cf. artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007)<sup>2579</sup>. É de atender ainda, neste âmbito, ao artigo 27.º, n.º 5, da CRP, regulado nos artigos 225.º, 226.º e 461.º a 463.º do CPP.

O diploma de 2007 alarga a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes e “*procede à progressiva objectivação da culpa na*

---

<sup>2576</sup> Sobre o tema, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011. Cf. ainda RUI MEDEIROS, *Ações de responsabilidade. Elementos do regime jurídico e contributos para uma reforma*, Cascais, Principal, 1999, pp. 6 e seguintes. JORGE MIRANDA, *Constituição e Cidadania*, Coimbra, Coimbra editora, 2003. Cf. ainda, do mesmo Autor, *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 485 e seguintes. Relevante ainda VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão da edição de 1995), pp. 212 e seguintes e pp. 573 e seguintes. Cf. ainda, com interesse, MARCELO REBELO DE SOUSA / SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., pp. 142 e seguintes. Em termo genéricos sobre os princípios fundamentais da Administração Pública, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I – Introdução e princípios fundamentais, 2.ª edição, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2006, pp. 133 e seguintes; VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, “*É sempre a mesma cantiga*”. *O contencioso da responsabilidade civil pública*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 1205 e seguintes, e, em especial, as pp. 1223 e seguintes.

<sup>2577</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa*, ob. cit., pp. 451 e seguintes.

<sup>2578</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, ob. cit., pp. 910 e seguintes.

<sup>2579</sup> Assinalando que este diploma “*ignorou o Direito comunitário*”, justificando a posterior alteração em 2008, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 647.

*responsabilidade civil da Administração por fato ilícito, alarga a responsabilidade civil pelo risco*”<sup>2580</sup>.

XVIII. De acordo com o disposto no artigo 1.º do Anexo da Lei n.º 67/2007, o diploma regula a responsabilidade extracontratual do Estado por danos resultantes do exercício das funções:

- a) Legislativa;
- b) Jurisdicional<sup>2581 2582</sup>;
- c) Administrativa.

Assim, em vez de referir os *atos de gestão pública*<sup>2583</sup>, a lei enuncia as funções cujo exercício pode originar a responsabilidade do Estado.

Os n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º esclarece que a lei regula, de igual modo, a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, por danos decorrentes de ações ou omissões resultantes do exercício de funções administrativa ou jurisdicional, bem como dos trabalhadores ao serviço de tais órgãos.

Assim, segundo o entendimento maioritário, está em causa a responsabilidade não só pelo exercício da função administrativa, mas também político-legislativa e jurisdicional<sup>2584</sup>. Contudo, como se verificará adiante, enquanto o art. 8.º da Lei n.º 67/2007 expressamente prevê o direito de regresso

---

<sup>2580</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 473.

<sup>2581</sup> Sobre o tema, cf. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 501 e seguintes, salientando, a p. 507, que o reconhecimento do princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados ilicitamente no exercício da função jurisdicional permite a plena concretização do artigo 22.º da Constituição.

<sup>2582</sup> Sendo que, relativamente à função judicial, se discute se o regime da responsabilidade civil dos juízes é aplicável aos árbitros. Sobre o tema, cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Responsabilidade civil dos árbitros*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume LII, N.ºs 1 e 2, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 7-27.

<sup>2583</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 648.

<sup>2584</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., p. 474. Sobre o tema, cf. ainda JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa*, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 447 e seguintes.



em relação ao exercício da função administrativa, o mesmo não se verifica no caso do titular do exercício da função legislativa; não obstante, a responsabilidade solidária seja, em abstrato, defensável, com base no art. 22.º da Constituição<sup>2585</sup>.

XIX. O Capítulo II regula a responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa, distinguindo entre:

a) Responsabilidade por fato ilícito<sup>2586</sup>:

a. Culpa leve<sup>2587</sup>:

- i. O Estado e demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos resultantes de ações ou omissões ilícitas cometidas com *culpa leve* pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício (artigo 7.º, n.º 1)<sup>2588</sup>
- ii. O n.º 3 do artigo 3 afirma a responsabilidade do Estado, ainda que não seja possível em concreto determinar o autor do fato ilícito, sendo este atribuído ao *funcionamento anormal do serviço*, entendendo-se como tal a situação em que, *atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos*;

---

<sup>2585</sup> Salientando este ponto, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa*, ob. cit., p. 468. Na p. 469, reafirma a responsabilidade solidária, uma vez que o art. 117.º da Constituição determina que os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas ações e omissões que pratiquem no exercício das suas funções.

<sup>2586</sup> O artigo 9.º esclarece que se consideram ilícitas as “ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

<sup>2587</sup> A qual é presumida na prática de atos jurídicos ilícitos, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 10.º.

<sup>2588</sup> CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas* Anotado, ob. cit., pp. 138 e seguintes. Cf. também, em termos relevantes: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa* (Lições), 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, em especial as pp. 60 e seguintes;

b. Dolo ou culpa grave:

- i. O Estado e as pessoas coletivas de direito público respondem solidariamente com os titulares de órgãos, funcionários e agentes, pelos danos resultantes de ações ou omissões ilícitas, cometidas com dolo ou diligência manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo (artigo 8.º);

b) Responsabilidade pelo risco:

- a. O Estado e as pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, exceto em caso de força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo nestes casos ser reduzida ou excluída a indemnização (artigo 11.º).

O aspeto mais relevante centra-se no artigo 7.º, donde decorre que se exigem dois pressupostos<sup>2589</sup>:

- a) Ato que envolva uma atividade que se encontra regulada por normas de direito administrativo ou ato de gestão pública<sup>2590</sup>;
- b) Ato funcional, i.e., que tenha sido praticado no exercício de funções e por causa desse exercício.

XX. No âmbito do exercício da função jurisdicional, o Capítulo III consagra um conjunto de regras que devem, necessariamente, ser articuladas com a Constituição.

De acordo com o artigo 22.º da Constituição, há responsabilidade extracontratual do Estado, sendo aqui abrangida igualmente a função jurisdicional<sup>2591</sup>.

---

<sup>2589</sup> CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, ob. cit., p. 140.

<sup>2590</sup> Uma vez que, tratando-se de gestão privada, a norma aplicável será o art. 501.º CC. Neste sentido, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, ob. cit., p. 141. Cf. ainda AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1976, pp. 6 e seguintes.

A atividade jurisdicional, assente no princípio da independência e, em consequência disso, da irresponsabilidade, nos termos do artigo 216.º da CRP. Em regra, os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões. Há, contudo, exceções na lei<sup>2592</sup>. Na Constituição, veja-se ainda o disposto nos artigos 27.º, n.º 5 e 29.º, n.º 6.

XXI. Nos termos da Lei n.º 67/2007, prevê-se a responsabilidade<sup>2593</sup>:

- a) Pelos danos ilicitamente causados pela administração da justiça (artigo 12.º);
- b) Por erro judiciário, respondendo o Estado pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais (artigo 13.º). Neste caso, apenas o Estado responde em caso de falta leve (artigo 13.º); em caso de dolo ou negligência grosseira, há responsabilidade solidária do Estado e do magistrado (artigo 14.º).

Contudo, o artigo 14.º expressamente exclui a responsabilidade dos magistrados judiciais e do Ministério Público, os quais não podem ser diretamente responsabilizados pelos danos decorrentes de atos que pratiquem no exercício das suas funções<sup>2594</sup>. Não obstante, se tiverem atuado com dolo ou culpa grave, podem ser acionados pelo Estado, em sede de direito de regresso, mas não pelos próprios lesados (artigo 14.º).

---

<sup>2591</sup> CARLA AMADO GOMES, *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I – Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 79.

<sup>2592</sup> CARLA AMADO GOMES, *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, ob. cit., p. 78, salienta que a irresponsabilidade não é um imperativo absoluto, até porque, como a Autora bem refere a p. 79, trata-se de uma norma que restringe a eficácia do direito de acesso à justiça com vista a ser indemnizado.

<sup>2593</sup> Sobre o tema, cf. JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 204 e seguintes.

<sup>2594</sup> CARLA AMADO GOMES, *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, ob. cit., p. 79, assinala o princípio da *irresponsabilidade direta dos juízes*.

Os requisitos de aplicação do artigo 13.º são particularmente exigentes. Com efeito<sup>2595</sup>:

- a) É necessário que o erro, quer seja de direito, quer na apreciação de pressupostos de fato, seja manifesto<sup>2596</sup>;
- b) É necessário que o erro seja detetado no decurso do processo e parcialmente reparado por um tribunal superior, em sede de recurso (artigo 13.º, n.º 2)<sup>2597</sup>;
- c) Tem de haver dolo ou culpa grave do julgador;
- d) A responsabilização efetiva do julgador depende do exercício do direito de regresso, a decidir pelo Conselho Superior competente.

A tudo isto acresce a eventual exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado em caso de fato de terceiro ou de culpa do lesado, sendo esta última expressamente prevista no artigo 4.º da lei.

XXII. O Capítulo IV regula a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa, determinando que:

- a) O Estado e as regiões autónomas respondem civilmente pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por atos praticados no exercício da função político-

---

<sup>2595</sup> CARLA AMADO GOMES, *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, ob. cit., pp. 80 e 81.

<sup>2596</sup> Em crítica, CARLA AMADO GOMES, *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, ob. cit., p. 81, considera de difícil compreensão este regime, quando comparado com a responsabilidade do Estado no exercício da função administrativa, não apenas porque as decisões da Administração serão em maior número do que as decisões judiciais e ainda porque os funcionários estarão decerto menos apetrechados para a decisão do que os magistrados, havendo por isso maior probabilidade de erro.

<sup>2597</sup> Em crítica, veja-se CARLA AMADO GOMES, *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, ob. cit., p. 83, referindo os casos em que não haja direito a recurso em virtude da alçada, bem como aqueles em que o erro manifesto seja do tribunal superior e ainda as decisões que façam uma interpretação errónea do Direito da União Europeia. A Autora assinala ainda a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferida no Acórdão *Kühne vs. Heitz*, em que foi ordenado o reexame administrativo de uma decisão sobre a qual recaía uma sentença de não ilegalidade, já transitada em julgado, com base numa incorreta interpretação do Direito Europeu, situação que parece contrariar o princípio da intangibilidade do caso julgado contido no n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 67/2007.

legislativa em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou ato legislativo de valor reforçado (artigo 15.º);

Por fim, o Capítulo VI regula a indemnização pelo sacrifício, estabelecendo a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público de indemnizar os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais (artigo 16.º).

XXIII. De acordo com Menezes Cordeiro, trata-se de uma “*legislação avançada sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado*”, sendo do ponto de vista material um tema civil, o que justifica a aplicabilidade dos requisitos da responsabilidade civil<sup>2598</sup>.

XXIV. Já o artigo 501.º do CC estabelece a responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas quando haja danos causados a terceiros pelos seus órgãos, agentes ou representantes, no exercício de atividades de *gestão privada*, contendo uma remissão para o regime do artigo 500.º do CC<sup>2599</sup>, ou seja, desprovido de *ius imperii*, isto é, aqueles que não sejam praticados no exercício de uma função de interesse público, submetida a um regime de direito público no âmbito da Administração Pública<sup>2600</sup>. São portanto atos de gestão pública aqueles que visam a satisfação de interesses coletivos, realizam fins específicos do Estado ou de outro ente público<sup>2601</sup>, ainda que este critério não

---

<sup>2598</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 651.

<sup>2599</sup> Sobre o tema, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 336 e 337; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 201 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 625 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 646 e seguintes.

<sup>2600</sup> Assim, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 203, seguindo a jurisprudência do STA sobre a questão.

<sup>2601</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., p. 648.

possa ser exagerado, já que depende de uma leitura integrada no sistema<sup>2602</sup>. Decorre da experiência jurisprudencial que integram atos de gestão privada os seguintes<sup>2603</sup> as condutas que envolvem violações da posse e de deveres gerais comuns a todos os cidadãos e a ela ligados, bem como a atuações em áreas onde não haja poderes de autoridade ou ainda declarações de ciência.

Por força da remissão será exigido o preenchimento dos requisitos da responsabilidade do comitente, nomeadamente a existência de uma relação de comissão, podendo o lesante ser um órgão<sup>2604</sup> <sup>2605</sup>, um agente<sup>2606</sup> <sup>2607</sup> ou um representante<sup>2608</sup> <sup>2609</sup> do Estado ou de outra pessoa coletiva pública. Tal como referido a respeito do art. 165.º CC, também aqui se deve entender que a responsabilidade pela atuação dos órgãos é *direta*, e não propriamente por fato de outrem<sup>2610</sup>.

O órgão, agente ou representante deve ter atuado no exercício da função e o dano ser-lhe imputável<sup>2611</sup>. De seguida, o Estado goza de direito de regresso contra o lesante<sup>2612</sup>.

---

<sup>2602</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 635.

<sup>2603</sup> A enunciação é feita por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 640 e 641.

<sup>2604</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., p. 649.

<sup>2605</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 205, assinala que deve estar em causa os chamados “órgãos externos”, aos quais compete “manifestar para o exterior a vontade imputável à pessoa coletiva”.

<sup>2606</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., p. 650, assinalando que o agente executa determinadas operações materiais.

<sup>2607</sup> Para JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 206, trata-se daqueles que “praticam atos materiais por conta e no interesse da pessoa coletiva”.

<sup>2608</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., p. 650, especificando que o representante atua em nome da pessoa coletiva um qualquer ato jurídico.

<sup>2609</sup> Para JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 206, trata-se daqueles que são “mandatários da pessoa coletiva (ou seja, aqueles que foram encarregados de praticar atos jurídicos por sua conta e no seu interesse”.

<sup>2610</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 646.

<sup>2611</sup> Segundo LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 337, a imputação ao lesante tem de ser efetuada a título de culpa.

<sup>2612</sup> Assim, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., p. 647.

I. O artigo 502.º CC estabelece:

*Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização.*

No Direito romano, o proprietário do animal só respondia pelos danos causados que fossem contrários ao seu instinto, ou se houvesse comido frutos alheios, podendo sempre o responsável eximir-se da responsabilidade através do abandono do animal (ação noxal).

Atualmente, o regime é de natureza objetiva, assente no risco, sendo ainda habitual a sua previsão nos demais ordenamentos jurídicos. P.ex., no BGB, o § 833 estabelece a responsabilidade objetiva da pessoa que tem um animal em seu poder, no caso de este matar ou ferir alguém ou lesar uma coisa. Contudo, a responsabilidade é excluída quando o dano seja causado por um animal doméstico destinado ao exercício de uma atividade económica ou para a subsistência do dono, desde que este haja exercido os deveres de cuidado que lhe eram exigíveis ou demonstre que o dano se teria igualmente produzido, ainda que estes deveres houvessem sido cumpridos.

A doutrina alemã tem vindo a salientar que o § 833 BGB apenas tem aplicação quando o dano tenha sido causado *por um animal*, sendo por isso necessário “*que se haya producido a consecuencia del peligro especial que representan tales animales, o sea, que se base en el peligro especial del animal, que resulta de su naturaleza de ser vivo que obra a impulso propio*”<sup>2613</sup>.

II. O artigo 502.º CC contempla uma imputação por responsabilidade objetiva, sendo nesse ponto similar ao artigo 800.º. Contudo, dele se diferencia:

- a) Atendendo a que se trata de responsabilidade delitual;
- b) Porque não está em causa a atuação de um auxiliar, i.e., de uma pessoa, mas o dano causado por um animal.

---

<sup>2613</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, ob. cit., p. 705.

IV. Igual afirmação vale para o disposto no artigo 503.<sup>o</sup>, referente à responsabilidade pelos danos causados por veículos<sup>2614</sup>, bem como para o artigo 509.<sup>o</sup> CC<sup>2615</sup>: trata-se de imputação delitual, decorrente da utilização de coisas, com especiais riscos para terceiros.

---

<sup>2614</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I - Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 336 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 627 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 654 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 364 e seguintes.

<sup>2615</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I - Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 352 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 653 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 712 e seguintes.



I. Importa referir, por último, três situações. Primeiro, a eventual responsabilidade, por fato lícito, daquele que atua em estado de necessidade, ao abrigo do artigo 339.º/2 CC:

(...)

2. *O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade.*

Neste caso, trata-se de um regime de responsabilidade extracontratual, em que uma pessoa responde, perante o lesado, pela destruição ou danificação de coisa alheia, sempre que tal se revelou essencial para remover um perigo de um dano manifestamente superior<sup>2616</sup> <sup>2617</sup>. Quer porque aqui se está diante de responsabilidade delitual, quer porque a atuação em estado de necessidade consubstancia um ato ilícito, não há qualquer confusão possível com a situação que encontramos no artigo 800.º.

II. Um outro caso reside na gestão de negócios<sup>2618</sup>. O Código Civil prevê a gestão de negócios nos artigos 464.º e seguintes, não determinando no entanto nenhum regime específico para a hipótese de o gestor recorrer a auxiliares<sup>2619</sup>.

---

<sup>2616</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 273 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011, p. 185; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 113; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 572 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 522; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 318 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 93.

<sup>2617</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Aparentamentos*, ob. cit., p. 120.

<sup>2618</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 437 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 473 e seguintes e *Introdução ao estudo do Direito e elementos de Direito civil*, ob. cit., pp. 114 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A gestão de negócios. Um instituto jurídico numa encruzilhada*, Separata do Volume XXXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, pp. 4 e seguintes;

Diferentemente, em Espanha, o artigo 1890.º CCE determina:

*Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.*

*La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria.*

De acordo com Jordano Fraga, esta disposição confirma a possibilidade de o gestor de negócios recorrer a auxiliares de cumprimento, sendo que, nesta hipótese, o gestor responde pelos atos destes terceiros no âmbito das suas obrigações para com o *dominus*<sup>2620</sup>.

Porém, a parte final do 1.º parágrafo do artigo 1890.º CCE expressamente admite a ação direta do *dominus* contra os terceiros auxiliares, o que poderia levar a pensar que estes assumiriam o papel de gestor de negócios, respondendo assim pelo incumprimento duma obrigação própria. Não parece, no entanto, que seja esta a perspetiva correta: o gestor continua a sê-lo e a responder pelas obrigações impostas pela lei perante o dono do negócio, pelo que a circunstância de este último poder acionar diretamente o terceiro constitui uma manifestação de responsabilidade extracontratual<sup>2621</sup>.

III. Em Portugal, na ausência de um regime específico sobre a imputação ao gestor de negócios da atuação dos seus auxiliares, afigura-se de aplicar o artigo 800.º/1 do CC. Com efeito, pese embora a ausência de um contrato, uma vez que a gestão de negócios pressupõe, por definição, a inexistência de um

---

MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, ob. cit., pp. 76 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 447 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 392 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 161 e seguintes.

<sup>2619</sup> Sobre a responsabilidade civil do gestor, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 51 e seguintes e, sobre o Direito atual, pp. 159 e seguintes.

<sup>2620</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 325 e 326.

<sup>2621</sup> Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 327.

título que legitime a atuação do gestor, o certo é que este tem deveres, impostos pela lei, cuja inobservância dará lugar à responsabilidade obrigacional<sup>2622</sup>.

Por essa razão, a responsabilidade do gestor prevista no artigo 466.º do CC<sup>2623</sup>, pelos danos a que der causa por culpa sua, como por aqueles que causar com a injustificada interrupção, pressupõem a respetiva responsabilidade obrigacional, dando plena justificação à aplicação do art. 800.<sup>o</sup><sup>2624</sup>. O art. 466.º consagra assim um *dever de proteção*, que visa indemnizar o *dominus* de danos eu não se teriam verificado sem a ssunção da gestão, bem como de danos derivados da frustração de expectativas do *dominus* na continuação da gestão, expectativas essas criadas pelo próprio gestor<sup>2625</sup>.

IV. Por fim, a responsabilidade do devedor prevista no artigo 800.º/1 não se confunde com o regime do artigo 490.º de participação no ato ilícito, já que o devedor atua licitamente<sup>2626</sup>, contrariamente ao pressuposto de aplicação deste outro artigo.

Além disso, no artigo 800.º, não há responsabilização do terceiro, pelo menos a título obrigacional<sup>2627</sup>.

---

<sup>2622</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 446; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 480 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *A gestão de negócios. Um instituto jurídico numa encruzilhada*, ob. cit., pp. 42 e seguintes.

<sup>2623</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 256 e seguintes.

<sup>2624</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 297 a 299, considera ainda que, em caso de pluralidade de gestores, a responsabilidade destes é solidária, aplicando-se os artigos 490.º e 497.º do CC.

<sup>2625</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, ob. cit., p. 267.

<sup>2626</sup> No mesmo sentido, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 150.

<sup>2627</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 151.



## B - ANÁLISE DO ARTIGO 800.º DO CÓDIGO CIVIL

### Introdução

I. O artigo 800.º CC é inspirado pelo § 278 BGB, bem como pelo artigo 101.º do CCS e pelos artigos 1228.º e 1229.º CCI<sup>2628</sup> <sup>2629</sup> <sup>2630</sup>. O regime constante do CC 1966 consolida o entendimento já pacífico na doutrina a respeito deste tema, apesar da ausência de uma norma expressa no Código de Seabra<sup>2631</sup>, ou seja, de que o devedor responde pela atuação dos seus auxiliares no cumprimento da sua obrigação.

No entanto, a atual redação do art. 800.º/1 do CC contrasta, em certa medida, com a proposta de Vaz Serra, que era a seguinte<sup>2632</sup>:

*Art. 1.º - Responsabilidade pelo fato dos representantes legais ou dos auxiliares*

- 1. O devedor responde, para com o credor, pelos fatos dos seus representantes legais ou das pessoas a quem confia o cumprimento das suas obrigações ou de quem se serve para esse efeito, quando esses fatos, se fossem praticados pelo devedor nas mesmas circunstâncias, o constituiriam em responsabilidade.*
- 2. O gestor de negócios, que age com o assentimento do devedor ou cuja gestão é ratificada, é considerado como auxiliar, para os efeitos deste artigo, a não ser que do comportamento do devedor resulte o contrário.*
- 3. Se o devedor, com o assentimento do credor, se serve de um auxiliar em relação ao qual não tem qualquer influência, não responde o mesmo devedor pelos fatos desse auxiliar.*

---

<sup>2628</sup> Neste sentido, cf. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 55.

<sup>2629</sup> Cf., sobre o tema em geral, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, ob. cit., pp. 213 e seguintes.

<sup>2630</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 238 e seguintes.

<sup>2631</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 55.

<sup>2632</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 300 e 301.

4. *A responsabilidade, de que no presente artigo se trata, supõe que o fato do representante ou do auxiliar tem lugar no cumprimento da obrigação do devedor para com o credor, não bastando que o tenha por ocasião desse cumprimento.*
5. *A doutrina deste artigo é aplicável nos casos de culpa na conclusão do contrato ou, durante a vigência da relação obrigacional, antes do fato que lhe põe termo, se o devedor responder por fatos seus em tais circunstâncias.*
6. *Cabe ao devedor o encargo da prova da ausência de culpa dos seus auxiliares ou representantes legais.*
7. *Quando o devedor utilizar ilicitamente um auxiliar para o cumprimento da obrigação ou tiver culpa na escolha, vigilância ou orientação do auxiliar ou na entrega de meios com que este há-de cumprir, observam-se as regras gerais aplicáveis.*

Portanto, o preceito continha requisitos *expressos* que atualmente não constam da sua letra, ainda que a doutrina os continue a exigir, como é o caso de a atuação do auxiliar ou do representante ocorrer no cumprimento e não por mera ocasião do cumprimento. A fórmula ao artigo foi modificada e simplificada mas revisões ministeriais, passando a ter a redação que hoje vigora.

II. A aplicação do artigo 800.º, n.º 1, tem como consequência a obrigação de indemnizar os danos sofridos pelo credor com a atuação do auxiliar, bem como as demais consequências do incumprimento, incluindo aqui o eventual direito de resolução do contrato<sup>2633</sup> <sup>2634</sup>. Tudo se passa como se o comportamento do auxiliar fosse o comportamento do próprio devedor, pelo

---

<sup>2633</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 751 e seguintes. O entendimento da Autora não é totalmente seguro, já que salienta a diferença de redação entre o artigo 798.º, que determina a responsabilidade do devedor *pelo prejuízo causado ao credor*, enquanto o artigo 800.º afirma a responsabilidade do devedor *pelos atos* dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação.

<sup>2634</sup> Cf. SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português. A propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 24.

que os direitos atribuídos ao credor são os mesmos que este teria se tivesse sido o devedor, diretamente, a agir.

III. Neste capítulo, vamos proceder à análise dos pressupostos de aplicação do art. 800.º CC.





## Primeiro pressuposto: existência de uma obrigação, independentemente da respetiva fonte

I. O primeiro pressuposto de aplicação do artigo 800.º, n.º 1, do CC reside na existência prévia de uma obrigação<sup>2635</sup>, independentemente da sua fonte<sup>2636</sup>. Nesse ponto se diferencia, como veremos, da responsabilidade delitual, prevista no artigo 500.º do CC.

A obrigação pressupõe uma relação especial entre dois sujeitos, qualquer que seja a sua origem ou tipo, a qual deverá já existir no momento da intervenção do terceiro<sup>2637</sup>. No entanto, é irrelevante o conteúdo da obrigação. Pode tratar-se de uma obrigação *de facere*, de *non facere*<sup>2638</sup> ou *de pati*, podendo em qualquer caso dar origem à responsabilidade por fato de outrem<sup>2639</sup>. Assim, o devedor tanto responde por uma ação, como por uma omissão de um seu representante legal ou auxiliar<sup>2640</sup>.

II. O artigo 800.º, n.º 1 tem igualmente aplicação aos casos de culpa *in contrahendo*, quando a intervenção do terceiro consubstancia violação dos deveres impostos pelo princípio da boa fé às partes, desde que o devedor tenha

---

<sup>2635</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 82.

<sup>2636</sup> Cf. também no Direito Alemão, a propósito do § 278 do BGB, JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 95, assinalando que é indiferente qual seja a origem da obrigação, podendo ter uma base contratual ou legal.

<sup>2637</sup> Sobre o conceito de obrigação, cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, ob. cit., pp. 23 e seguintes e, em especial, pp. 268 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 61 e seguintes; ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 685.

<sup>2638</sup> Que a doutrina costuma exemplificar através da obrigação de não concorrência, suscetível também de ser incumprida por meio de atuação de um auxiliar de cumprimento. Especificamente sobre o tema no Direito laboral, cf. SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 119 e seguintes. A Autora explora ainda a possibilidade de responsabilização do novo empregador do ex-trabalhador, que eventualmente não haja cumprido o pacto de não concorrência, admitindo apenas a obrigação de indemnização, nos termos do art. 483.º/1, articulado com o art. 334.º do CC.

<sup>2639</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 95.

<sup>2640</sup> Em particular sobre a omissão, cf. PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DECARVALHO, *Omissão e dever de agir em Direito civil. Contributo para uma teoria da responsabilidade civil por omissão*, ob. cit., pp. 85 e seguintes.

incumbido o terceiro de o auxiliar na tarefa das negociações, quer do ponto de vista material, quer através da concessão de poderes de representação<sup>2641 2642</sup>.

O regime deve ser aplicado mesmo que o terceiro realize uma atividade para o próprio devedor, e não diretamente perante o credor. Desde que se trate de um trabalho do qual o devedor se aproveita para o cumprimento da sua obrigação, o regime é aplicável<sup>2643</sup>.

III. *A obrigação deve ser do próprio devedor, e não do terceiro*<sup>2644</sup>. Por isso, não são auxiliares, nem se aplica este regime, em relação às pessoas que cumprem uma obrigação própria perante o devedor ou o credor<sup>2645</sup>.

Isto pode acontecer, por exemplo, no âmbito do trabalho temporário: para alguma doutrina alemã, o trabalhador cedido a terceiro, no âmbito de uma relação laboral, não é auxiliar deste, não se aplicando o § 278 do BGB para responsabilizar o cedente pela atuação do mesmo<sup>2646</sup>. Contudo, aqui a razão parece ser a de que o cedente não é o titular da obrigação eventualmente violada através do recurso ao auxiliar. Com efeito, o cedente tem apenas o dever de providenciar uma pessoa adequada a realizar o serviço<sup>2647</sup>. A obrigação da empresa de trabalho temporário é apenas a de ceder o

---

<sup>2641</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 685.

<sup>2642</sup> No mesmo sentido, para KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, ob. cit., p. 508, a responsabilidade pré-contratual por culpa na formação de um contrato celebrado por um representante legal deve ser exclusivamente imputada a este, e não ao representado. Cf. também BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, em *Juristische Schulung*, ob. cit., p. 817, onde afirma que, para aplicar o § 278 BGB, é suficiente uma *relação próxima ao contrato*.

<sup>2643</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 25, a propósito do § 278 do BGB.

<sup>2644</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 84.

<sup>2645</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 84.

<sup>2646</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 33.

<sup>2647</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 33.

trabalhador, pelo que não responde pelas obrigações que a empresa de utilização tenha perante terceiros<sup>2648</sup>.

IV. Não é necessário que entre o devedor e o terceiro exista uma relação obrigacional. Na maioria das vezes, existe um contrato entre ambos mas tal não se mostra essencial à aplicação deste dispositivo. Assim, o terceiro pode agir com base:

- a) Numa relação obrigacional que o vincula ao devedor;
- b) Por motivo de cortesia;
- c) Numa atuação própria espontânea de um terceiro, que recorre a um auxiliar<sup>2649</sup>;
- d) Em determinadas relações jurídicas de tipo para-obrigacional, como p.ex. nas relações entre condóminos, comproprietários, achador do tesouro e proprietário, relações de vizinhança, etc..

V. Não é igualmente necessária a existência de uma relação de comissão<sup>2650</sup> entre o devedor e o auxiliar<sup>2651</sup>. Assim, a relação entre estes sujeitos pode ser:

- a) Duradoura ou transitória;
- b) Contratual ou não;

VI. Não é ainda necessário:

- a) Que o auxiliar conheça a sua qualidade de auxiliar, a menos que tal seja importante para a execução da obrigação;

---

<sup>2648</sup> Sobre o trabalho temporário: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 439 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 643 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, ob. cit., pp. 120 e seguintes.

<sup>2649</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 686.

<sup>2650</sup> Acerca das características da relação de comissão no âmbito do art. 500.º CC, cf. SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 91 e seguintes; PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, Lisboa, AAFDL, 1990, pp. 11 e seguintes.

<sup>2651</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 700 e 701.

- b) Que o devedor forneça ao auxiliar os meios para que este realize a sua tarefa<sup>2652</sup>.

Veremos em detalhe esta questão no ponto seguinte.

---

<sup>2652</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 705.

## Terceiros por cujos atos o devedor responde

### *Conceito de representante legal*

#### Generalidades

I. O artigo 800.º/1 CC determina que o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor<sup>2653</sup>.

No entanto, como se verá melhor no ponto seguinte, a última parte do preceito encontra-se especialmente pensada para a atuação dos auxiliares de cumprimento, daí que se recorra a uma espécie de *ficção legal*: tudo se passa como se os atos do auxiliar fossem os atos do devedor.

No caso, porém, do representante legal, tal regime não resulta do artigo 800.º/1, mas do regime da representação: os atos do representante repercutem-se, diretamente, na esfera jurídica do representado, tal como determina o artigo 258.º CC<sup>2654</sup>. Os representantes legais só podem praticar atos lícitos (art. 1881.º CC), pelo que se não houvesse o art. 800.º/1 poderia acontecer que um incumprimento proveniente de um representante legal beneficiasse o devedor, sem que o credor pudesse executar o património deste com vista à obtenção da indemnização<sup>2655</sup>.

II. O Direito romano antigo não admitia o instituto da representação<sup>2656</sup>, devido ao seu carácter predominantemente formalista<sup>2657 2658</sup>. Assim, recorria-se

---

<sup>2653</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 282, assinalava que apenas o § 278 BGB continha a menção aos representantes legais, já que nos restantes ordenamentos jurídicos esta não era formulada em termos expressos, ainda que a solução fosse a mesma, aplicável por analogia.

<sup>2654</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., pp. 633 e 634.

<sup>2655</sup> Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 268.

<sup>2656</sup> Neste sentido, GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale* (Artt. 1321-1469), Terza edizione, Torino, UTET, 1980, p. 351.

<sup>2657</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, em Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XXIV (1948), p. 256, salienta que o Direito romano conheceu alguns casos de representação, aos quais não conferiu o carácter de generalidade.

a outros mecanismos, como a atuação através de órgãos dependentes, a administração fiduciária e a representação mediata ou, como hoje o conhecemos, o mandato<sup>2659</sup>. Foram as necessidades do comércio<sup>2660</sup> que determinaram a evolução no sentido da admissibilidade da representação<sup>2661</sup>. Por sua vez, no Direito Romano, o mandato apenas se desenvolveu a partir do século III a.C.<sup>2662</sup>.

III. Com o tempo a representação desenvolveu-se e assumiu contornos semelhantes aos que hoje encontramos, em especial através da codificação germânica<sup>2663 2664</sup>. Contrariamente ao que se verifica, p.ex., na gestão de negócios, a representação consubstancia uma intervenção autorizada na esfera jurídica de outrem<sup>2665 2666 2667</sup>.

IV. Domat admitia já a representação, vista como um mecanismo que permitia introduzir outras pessoas *no lugar dos mestres*, através do qual estes

---

<sup>2658</sup> MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 88, assinala que o instituto da representação imediata, ou seja, em que os efeitos se produzem diretamente na esfera jurídica do representado, é relativamente recente, já que "*pressupõe uma avançada capacidade de abstracção jurídica*".

<sup>2659</sup> Assim, MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 89. Cf. também, sobre o tema, DURVAL A. FONSECA E CASTRO FERREIRA, *Do mandato civil e comercial. O gerente de sociedades. Na lei (novo Código Civil). Na jurisprudência e na doutrina. No Direito Comparado*, Vila Nova de Famalicão, Edição do Autor, 1967, pp. 27 e seguintes.

<sup>2660</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 254.

<sup>2661</sup> Como afirma ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III – Los hechos jurídicos. El negocio jurídico (cont.). La ilicitude – El tiempo. Ejercicio y proteccion de los derechos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948, p. 3, "*Todo ordenamento jurídico que tenga cierto desarrollo reconoce, pues, la posibilidad de que alguien, V, effectúe negocios jurídicos para outro, A, en calidad de representante suyo.*".

<sup>2662</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., pp. 33 e 34.

<sup>2663</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni...*, ob. cit., p. 351.

<sup>2664</sup> M. DE. SAVIGNY, *Le Droit des Obligations*, Tome Second, ob. cit., pp. 157 e seguintes

<sup>2665</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 253, afirma que "*É norma geral em todos os sistemas jurídicos que os actos alheios nos não vinculam enquanto lhes não prestarmos assentimento*".

<sup>2666</sup> Acerca da possibilidade de reforma do instituto da representação, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., pp. 173 e seguintes.

<sup>2667</sup> Sobre as diferenças entre autorização e procuração, cf. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Autorização*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 285 e seguintes.

conferiam àqueles o poder de agir em relação aos seus assuntos<sup>2668</sup>. Na aceção deste Autor, a procuração é o ato pelo qual aquele que não pode tratar, ele próprio, dos seus assuntos, concede a outro o poder de o fazer por si, como se fosse ele mesmo a atuar<sup>2669</sup>.

IV. No Direito germânico, a representação pode dar-se através de duas vias<sup>2670</sup>:

- a) *Representação direta*, ou seja, a representação propriamente dita, no âmbito da qual os atos praticados pelo representante produzem os seus efeitos jurídicos na esfera do representado;
- b) *Representação indireta ou mediata*, a qual poderá ser reconduzida ao mandato sem representação, uma vez que os atos produzem os efeitos na esfera jurídica do mandatário, nascendo o dever de transferir tais efeitos para o mandante, possibilitando quer a emissão de uma declaração negocial por parte do mandatário (também dita *representação ativa*), quer o recebimento de uma declaração negocial emitida por terceiro e dirigida ao mandante (*representação passiva*)<sup>2671</sup>.

O poder de representação inclui, em princípio, a faculdade de se fazer substituir por outrem<sup>2672</sup>.

V. No início do século XX, a jurisprudência francesa era da opinião de que o representado era obrigado a reparar os danos causados com a atuação do

---

<sup>2668</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. 152.

<sup>2669</sup> M. DOMAT, *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, ob. cit., p. 153: “La procuration est un acte, par lequel celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires, donne pouvoir à un autre de le faire pour lui, comme s’il étoit lui-même présent.”. Cf. também ANGELO NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milão, Società Editrice Libreria, 1910, pp. 75 e seguintes.

<sup>2670</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., p. 4.

<sup>2671</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., pp. 4 e 5.

<sup>2672</sup> Neste sentido, cf. ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob., cit., p. 111.

representante, mesmo havendo abuso dos poderes de representação, com base no artigo 1384.º CCF, e, por vezes, nos princípios de ordem contratual, invocando o artigo 1998.º CCF<sup>2673</sup>. Diversamente, em caso de representação sem poderes, só o falso representante seria responsável, a menos que houvesse responsabilidade pessoal do representado, designadamente por ter escolhido mal a pessoa que iria representá-lo.

Segundo André Brun, em ambos os casos a responsabilidade do representado assumia uma natureza delitual, mas devia ser considerada também uma responsabilidade por fato pessoal e não por fato de outrem<sup>2674</sup>.

VI. Por sua vez, no Código de Seabra, os artigos 645.º e 646.º estabeleciam:

*Artigo 645.º*

*Os contratos podem ser feitos pelos outorgantes pessoalmente, ou por interposta pessoa devidamente autorizada.*

*Artigo 646.º*

*Os contratos feitos em nome de outrem, sem a devida autorização, produzem o seu efeito, sendo ratificados antes que a outra parte se retracte.*

A expressão *interposta pessoa* era utilizada no sentido de *representante*<sup>2675</sup>. Para Cunha Gonçalves, na representação, há “uma só vontade jurídica, e essa é a do representado (...) O representante é, apenas, o instrumento legal dessa vontade”, de modo que, ao atuar, exprime uma vontade jurídica alheia, a qual apenas existe enquanto respeita os limites que lhe foram impostos<sup>2676</sup>.

A este propósito, coloca-se a questão de saber o que acontece quando o representante, com dolo, fraude ou através de um ato ilícito, cause dano a

---

<sup>2673</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, pp. 176 e 177.

<sup>2674</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 177.

<sup>2675</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, Coimbra, Coimbra editora, 1932, p. 187, criticando a utilização da expressão, porquanto o representado e o representante constituem *uma só pessoa*, pelo que a ideia de *interposta pessoa* seria incorreta.

<sup>2676</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., pp. 193 e 194, acrescentando que, “*havendo excessos de mandato, por eles responde pessoalmente o representante*”.



outrem, no exercício das suas funções. Para Cunha Gonçalves, haveria que distinguir entre<sup>2677</sup>:

- a) Representação legal, em que o representado não seria responsável, uma vez que nesse caso a atuação do representante estaria a exorbitar os limites legais e a própria *ratio*, que consiste na proteção do incapaz;
- b) Representação contratual, em que haveria “*culpa in eligendo*”, razão pela qual “*devem os actos ilícitos do representante recair no representado, respondendo ambos solidariamente, como dispõe o art. 2380.º*”<sup>2678</sup>.

Curiosamente, Cunha Gonçalves considerava que, se o mandatário entregasse ao terceiro uma “*cópia da procuração não-conforme com o original*”, não deveria o mandante responder, argumentando que “*o representado não responde pelo dolo do seu representante*”<sup>2679</sup>.

VII. Por seu turno, o artigo 1318.º CS, referente ao contrato de *mandato ou procuradoria*, determinava que através deste contrato uma pessoa era encarregue de prestar, ou fazer alguma coisa, por mandado e em nome de outrem, podendo o mandato ser verbal ou escrito. De destacar são também os artigos 1345.º e 1351.º CS: o primeiro estabelecia que o constituinte não se podia escusar de cumprir todas as obrigações que o mandatário houvesse contraído em seu nome e dentro dos limites do mandato, enquanto o segundo determinava que os atos praticados pelo mandatário em nome do seu constituinte, mas fora dos limites expressos do mandato, eram *nulos* em relação ao constituinte, a menos que este os ratificasse, tácita ou expressamente.

---

<sup>2677</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., pp. 200 e 201.

<sup>2678</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., p. 201.

<sup>2679</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, ob. cit., pp. 202 e 203. De notar que o Autor excepcionava os casos em que o representado houvesse considerado válidos contratos anteriores celebrados pelo representante em idênticas condições, bem como o caso de representantes permanentes, como os capitães dos navios, os agentes das companhias de seguros ou os gerentes das sociedades comerciais.

Como explicava Cunha Gonçalves, o art. 1351.º CS tinha somente em vista os atos suscetíveis de prejudicar o constituinte, e não já aqueles que o favorecessem<sup>2680</sup>. Por outro lado, o mandante respondia pelos atos do mandatário que, embora tendo sido feitos com excesso de poderes (nas relações mandante – mandatário), não tinham essa mesma natureza em relação aos terceiros que tivessem negociado com o mandatário<sup>2681</sup>.

### Direito atual

I. Atualmente, o Código Civil de 1966 regula a representação nos seus artigos 258.º e seguintes.

A representação pressupõe, por um lado, que o representante invoque a atuação em nome de outrem (*contemplatio domini*)<sup>2682</sup>, e, por outro, que esteja efetivamente habilitado com poderes de representação<sup>2683 2684</sup>. Segundo Menezes Cordeiro, devem estar presentes três requisitos:

- a) Atuação em nome de outrem,
- b) Por conta do representado;
- c) Dispondo o representante dos poderes para tal<sup>2685</sup>.

II. A representação não se confunde, assim, com a *interposição real*, em que uma pessoa atua em seu próprio nome, com vista a produzir efeitos na sua

---

<sup>2680</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 480.

<sup>2681</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, ob. cit., p. 480, dando o seguinte exemplo: “se o mandatário tiver poderes para contrair empréstimos até à quantia de 50.000\$ esc., e obtiver de duas pessoas diversas dois empréstimos da mesma quantia, será o mandante responsável pelos 100.000% esc.; pois, o segundo prestamista tinha, em face da procuração, razões para supor que o mandatário tinha poderes para celebrar o contrato.”.

<sup>2682</sup> PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Autorização*, ob. cit., p. 288.

<sup>2683</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação. Uma análise problemática subjacente ao artigo 269.º do Código Civil de 1966*, Coimbra, Coimbra editora, 2001, p. 21.

<sup>2684</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni...*, ob. cit., p. 360.

<sup>2685</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma*, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 396 e 397.

própria esfera jurídica, mesmo que com o propósito de trazer um benefício para outrem, como se verifica no mandato sem representação e na comissão comercial<sup>2686</sup>.

III. Muito embora a atuação do representante repercuta os seus efeitos na pessoa do representado, é igualmente admitida a responsabilidade própria do representante pelos danos causados à contraparte, na celebração do negócio jurídico<sup>2687</sup>.

Este é um dos aspetos em que o tema é tratado de forma diversa em relação a representante e auxiliar. Com efeito, verifica-se que:

- a) Ainda que por meio de uma técnica diferente, tanto os atos do representante como os do auxiliar se repercutem na esfera jurídica do representado ou devedor, respetivamente;
- b) Contudo, a lei prevê, no artigo 259.º CC, a responsabilidade própria do representante, inexistindo norma semelhante no âmbito do auxiliar, o qual apenas responderá, sendo caso disso, em termos delituais, pelo artigo 483.º/1 CC.

IV. O Código Civil admite as seguintes *modalidades*:

- a) Representação legal;
- b) Representação orgânica<sup>2688</sup>;
- c) Representação voluntária.

No entanto, apesar de terem em comum a representação, a doutrina duvida de que a representação legal e a representação voluntária sejam duas espécies de um mesmo género<sup>2689</sup>.

---

<sup>2686</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 22.

<sup>2687</sup> Neste sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 633.

<sup>2688</sup> Contudo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 398, assinala que não se trata aqui de verdadeira representação, já que os ditos representantes integram órgãos da representada, havendo antes um esquema de imputação de efeitos à pessoa coletiva.

<sup>2689</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., p. 264.

De momento interessa analisar o representante legal, definido pela doutrina portuguesa como aquele que tem poderes para atuar em nome de outra pessoa, poderes esses que lhe são conferidos através de uma disposição legal ou por outro meio, contanto que não provenha da vontade do representado. A representação legal, tal como o nome indica, é a que tem fonte na lei<sup>2690</sup>.

Assim, por representante legal deve entender-se *“no sólo al poder de representación que confiere directamente la ley sino a todo poder de representación que no se funda en la voluntad del representado”*<sup>2691</sup>.

Com Ferrer Correia, podemos afirmar que, a lei, *“ao mesmo tempo que põe obstáculos à actividade jurídica de certas pessoas, logo nomeia outras a quem legitima para agir pelas primeiras, em ordem à tutela dos seus interesses”*<sup>2692</sup>.

V. É assim representante legal apenas a pessoa que atua com um poder baseado na lei ou nas disposições de uma determinada organização<sup>2693</sup>, sendo essencial que o faça independentemente da vontade do representado.

A representação legal, ou necessária, configura um *poder-dever*, assumindo carácter excecional<sup>2694</sup>.

Apoiando-nos no entendimento de Vaz Serra, o conceito de representante legal para efeitos do art. 800.º/1 do CC não se limita aos representantes dos incapazes e de outros a eles equiparados, abrangendo, pelo contrário, *“todos aqueles que, por lei, representem o devedor”*<sup>2695</sup>.

---

<sup>2690</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 327.

<sup>2691</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., p. 96.

<sup>2692</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 255.

<sup>2693</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar*, Band II, 1. Teil, §§ 241 – 413, Berlim / Nova Iorque, Walter de Gruyter, 1976, p. 80. Os Autores referem, a propósito da segunda situação, os estatutos de um município, que conferem poderes de atuação a determinada pessoa, como p.ex. o engenheiro de obras públicas de uma cidade.

<sup>2694</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., pp. 262 e 263.

<sup>2695</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 284.

VI. O poder de representação atribuído ao representante legal não inclui, naturalmente, o poder de praticar atos ilícitos. Assim, tal como assinala a doutrina, se o representante praticar um ato ilícito, não se pode afirmar que esteja a atuar no quadro geral dos poderes que lhe foram conferidos<sup>2696</sup>. Não obstante, ainda assim, o devedor será responsabilizado pela sua atuação.

VII. Para Alberto González, a referência ao representante legal deve ser entendida em relação a um *legítimo representante* do devedor, e não como sinónimo de representante legal de devedor incapaz<sup>2697</sup>. Naturalmente que, assim sendo, o devedor apenas responderá pela prática de atos jurídicos, pois são esses que podem ser exercidos mediante representação.

VIII. O representante legal, contrariamente ao voluntário (art. 264.º/1 CC), não pode fazer-se substituir por outrem. Apenas o poderá fazer se dispuser de autorização judicial para esse efeito. Ao invés, pode recorrer a auxiliares de cumprimento.

IX. Em primeiro lugar, são representantes legais, na aceção do artigo 800.º/1 CC, os pais e os tutores.

No que concerne aos *pais*, de acordo com o artigo 1878.º/1 CC<sup>2698</sup>, aos pais compete o exercício das responsabilidades parentais<sup>2699</sup>, cabendo-lhes representar os filhos, até à maioridade ou emancipação destes, bem como

---

<sup>2696</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 688.

<sup>2697</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 207. Cf. ainda, com interesse, especificamente sobre a tutela, ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume II – Direitos de Família. Direitos Reais e Posse, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1936, pp. 217 e seguintes.

<sup>2698</sup> Assim também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 327; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito da Família e das Sucessões*, Volume I – Introdução ao Direito da Família e das Sucessões. Introdução ao Direito da Família. Direito da Filiação e Direito Tutelar, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2007, pp. 253 e 257 e, do mesmo Autor, *O Direito da Família Contemporâneo. Lições*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2010, pp. 310 e seguintes e p. 329.

<sup>2699</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., pp. 474 e seguintes.

administrar os seus bens<sup>2700</sup>. Por sua vez, o artigo 1881.º/1 CC esclarece que o poder de representação compreende *“o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, exceptuados os actos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais”*<sup>2701</sup>. De referir ainda que a representação dos pais encontra alguns limites, designadamente nos atos que carecem de autorização do tribunal (artigo 1889.º CC). A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal, como declara o art. 124.º CC. Por outro lado, como assinala Menezes Cordeiro, a fórmula legal carece de alargamento: *“a representação legal permite contratar em nome e por conta dos filhos, o que não se coaduna com o exercício de um direito proprio sensu nem com o cumprimento de uma obrigação”*<sup>2702</sup>.

Na constância do casamento, o poder paternal compete a ambos os pais (art. 1901.º/1 CC).

Por sua vez, a tutela é subsidiária em relação ao poder paternal (cf. art. 1921.º CC)<sup>2703</sup>. Os *tutores* podem ser os pais ou outra pessoa designada para esse efeito pelo tribunal (artigo 1927.º CC), tendo os mesmos direitos e obrigações dos pais (artigo 1935.º/1 CC), ainda que com algumas limitações e restrições. A tutela visa suprir a incapacidade de exercício dos menores (em certos casos, previstos no artigo 1921.º CC) e dos interditos<sup>2704</sup>.

X. A representação legal é frequentemente associada ao suprimimento da incapacidade de exercício dos menores e dos interditos, mas na verdade pode assumir um âmbito mais abrangente, que inclui, pelo menos para alguma doutrina, a *representação do cônjuge*.

---

<sup>2700</sup> Cf. ainda HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 320 e seguintes.

<sup>2701</sup> Assim também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 475.

<sup>2702</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 475, nota 1654.

<sup>2703</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 477.

<sup>2704</sup> Sobre a interdição, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., pp. 495 e seguintes.

Este entendimento mostra-se, no entanto, discutível. Com efeito, o Código Civil prevê situações em que um cônjuge pode atuar em representação do outro, caso em que pode dar-se o cumprimento duma obrigação pelo cônjuge representante:

- a) O cônjuge tem a administração dos bens comuns, por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos bens sub-rogados em lugar daqueles (artigo 1678.º, n.º 1, alínea c) do CC)<sup>2705</sup>;
- b) O cônjuge tem a administração dos bens que tenham sido doados ou deixados a ambos os cônjuges com a exclusão da administração do outro cônjuge (artigo 1678.º, n.º 1, alínea d) do CC);
- c) O cônjuge tem a administração dos bens móveis, próprios do outro cônjuge ou comuns, por ele exclusivamente utilizados como instrumento de trabalho (artigo 1678.º, n.º 1, alínea e) do CC);
- d) O cônjuge tem a administração dos bens próprios do outro cônjuge, se este se encontrar impossibilitado de exercer a administração por se achar em lugar remoto ou não sabido ou por qualquer outro motivo, e desde que não tenha sido conferida procuração bastante para administração desses bens (artigo 1678.º, n.º 1, alínea f) do CC);
- e) O cônjuge tem legitimidade para a prática de atos de administração ordinária relativamente aos bens comuns do casal (artigo 1678.º, n.º 2, do CC).

Pergunta-se, dentro destas faculdades, quais podem ser consideradas como representação legal? À partida, dir-se-ia que todas elas, uma vez que a possibilidade de atuação do cônjuge deriva, diretamente, da norma legal<sup>2706</sup>.

---

<sup>2705</sup> Sobre uma questão conexa, cf. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Regime e natureza jurídica da administração conjugal “de fato”*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 684 e seguintes, abordando o problema do art. 1681.º/3 do CC, que sujeita a intervenção do cônjuge às regras da gestão de negócios ou da responsabilidade civil, no âmbito da chamada *administração conjugal de fato*.

<sup>2706</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 896, assinala no entanto e, ao invés, que o cônjuge que não seja titular de uma procuração do outro cônjuge, não se considera seu auxiliar de cumprimento se proceder ao levantamento de determinada quantia no banco, no âmbito de um mútuo concedido por este, e a gastar.

Note-se no entanto que, para parte da doutrina o regime constante do art. 1678.º se caracteriza por uma “*supletividade condicionada*”, já que os cônjuges têm a faculdade de estipularem, por mandato revogável, uma qualquer regra de administração<sup>2707</sup>.

XI. Pessoa Jorge considera que o mesmo regime se deve aplicar aos *administradores legais de bens alheios*, no que se refere ao eventual incumprimento das obrigações assumidas no âmbito da administração<sup>2708</sup>.

Neste sentido, também Ana Prata considera que o artigo 800.º, n.º 1, do CC, é aplicável a todos os sujeitos aos quais, nos termos da lei, são conferidos, ainda que de forma limitada, poderes de representação, entre os quais se inclua o poder para realizar o cumprimento da obrigação, nomeadamente o administrador legal de bens alheios, quanto ao cumprimento das obrigações existentes. A Autora defende, ainda, uma *interpretação extensiva* do artigo 800.º<sup>2709</sup> 2710, n.º 1, para incluir no conceito de *representante legal* os representantes cuja nomeação judicial a lei impõe em determinadas circunstâncias, tais como o administrador de insolvência<sup>2711</sup>.

XII. A questão coloca-se com especial acuidade a respeito do *administrador de insolvência*. Trata-se de uma “*figura nuclear do instituto, essencial à marcha do processo, a quem são cometidas, entre muitas outras de carácter*

---

<sup>2707</sup> Assim JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo. Lições*, ob. cit., p. 589, invocando como argumento o disposto no art. 1678.º, n.º 2, alínea g). Contra, FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I – Introdução. Direito matrimonial, 3.ª edição, Com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Coimbra editora, 2003, p. 407, com base no art. 1699.º, n.º 1, alínea c).

<sup>2708</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 144.

<sup>2709</sup> Sobre esta, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 423. Cf. ainda JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Código Civil. Anotações aos artigos 1.º a 13.º*, Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 31 e seguintes.

<sup>2710</sup> Acerca da interpretação da lei, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 696 e seguintes.

<sup>2711</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 688 e 689.



*predominantemente preparatório ou instrumental, as tarefas relativas à liquidação do património do devedor*”<sup>2712</sup>.

O administrador de insolvência é nomeado pelo tribunal na sentença de declaração de insolvência (cf. art. 36.º, n.º 1, alínea d), do CIRE)<sup>2713</sup>. Deve tratar-se de pessoa inscrita na lista oficial de administradores de insolvência (artigos 32.º/1 e 52.º/2<sup>2714</sup> do CIRE<sup>2715</sup>). No entanto, após a nomeação pelo juiz, o art. 53.º do CIRE<sup>2716</sup> faculta aos credores, em assembleia de credores, a eleição de outra pessoa para o cargo, a qual pode estar ou não inscrita<sup>2717</sup> na lista oficial, desde que seja reunida a maioria dos votantes e dos votos emitidos, não sendo para tanto consideradas as abstenções<sup>2718</sup>. Ainda que tal maioria seja obtida, o juiz pode recusar a nomeação se a pessoa em causa não tiver idoneidade ou aptidão para o exercício do cargo, ou ainda quando seja manifestamente excessiva a retribuição aprovada pelos credores ou, tratando-se de pessoa não inscrita na lista oficial, se não se verificar ser aquele um *caso devidamente justificado pela especial dimensão da empresa compreendida na massa insolvente, pela especificidade do ramo de actividade da mesma ou pela complexidade do processo* (cf. art. 53.º/3 do CIRE).

Por outro lado, o tribunal pode a todo o tempo destituir o administrador de insolvência, desde que considere, fundamentadamente, existir justa causa

---

<sup>2712</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 263.

<sup>2713</sup> Cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 82 e seguintes; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª edição, ob. cit., pp. 263 e seguintes.

<sup>2714</sup> Salientando que o administrador de insolvência corresponde ao liquidatário judicial previsto no Código anterior, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 100.

<sup>2715</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 324 e seguintes, sublinhando a qualificação do administrador como um “*órgão da insolvência*”.

<sup>2716</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 101.

<sup>2717</sup> No entanto, o art. 53.º/2 do CIRE esclarece que “*A eleição de pessoa não inscrita na lista oficial apenas pode ocorrer em casos devidamente justificados pela especial dimensão da empresa compreendida na massa insolvente, pela especificidade do ramo de actividade da mesma ou pela complexidade do processo*”.

<sup>2718</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 332 e seguintes, afirmando que o artigo 53.º do CIRE “*não tem paralelo no Direito precedente*”.

para tal (art. 56.º CIRE<sup>2719 2720</sup>). Esta medida justifica-se uma vez que o administrador é fiscalizado pelo juiz (art. 58.º CIRE<sup>2721</sup>), podendo a justa causa consistir tanto na violação de deveres por parte do administrador, como na inaptidão ou incompetência para o exercício do cargo da qual resulte uma administração insuficiente, inapropriada ou ineficaz da massa, bem como quando seja *“inexigível a manutenção da relação com ele e infundada a possível pretensão do administrador de se manter em funções”*<sup>2722</sup>. Não se trata de um mero poder discricionário do tribunal: havendo justa causa, o administrador deve, efetivamente, ser destituído<sup>2723</sup>. Assinale-se ainda que, atualmente, o juiz já não tem um *poder diretivo* sobre o administrador, podendo apenas fiscalizar a sua ação, o que corresponde a uma crescente *“privatização do processo”*<sup>2724</sup>, em que os credores têm maiores possibilidades de ação, mantendo-se o tribunal como garante da legalidade.

XIII. O administrador de insolvência exerce diversas funções, tal como previsto no art. 55.º do CIRE<sup>2725</sup>, as quais devem ser realizadas com a colaboração dos credores e sob a fiscalização da comissão de credores, se esta existir. Por via de regra, a decretação da insolvência implica a transferência dos poderes de disposição e de administração dos bens da massa do insolvente para o administrador de insolvência<sup>2726</sup>.

Estas funções residem essencialmente no seguinte:

---

<sup>2719</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 104, assinala que o conceito de justa causa é *“vago e indeterminado”*, mas que abrange a *“violação grave dos deveres do administrador, mas também quaisquer outras circunstâncias que tornem objectivamente insustentável a sua manutenção no cargo”*.

<sup>2720</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 349 e seguintes.

<sup>2721</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 355 e seguintes.

<sup>2722</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 349.

<sup>2723</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 351.

<sup>2724</sup> Assim, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 356.

<sup>2725</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 340 e seguintes.

<sup>2726</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 265 e 266.

- a) Preparação do pagamento das dívidas do insolvente à custa das quantias em dinheiro existentes na massa insolvente, designadamente através da alienação do património, que compete ao administrador de insolvência promover;
- b) Conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à continuação da exploração da empresa, se for esse o caso, com vista a evitar o agravamento da sua situação económica. Daqui resulta essencialmente o “*dever de diligência na gestão e liquidação da massa insolvente*”<sup>2727</sup>.

Por outro lado, dentro das competências do administrador de insolvência, salienta-se<sup>2728</sup>:

- a) O direito de contratar, a termo certo ou incerto, os trabalhadores necessários à liquidação da massa insolvente ou à continuação da exploração da empresa (art. 55.º/4 CIRE);
- b) O direito previsto no artigo 102.º do CIRE<sup>2729</sup>, onde se estabelece que, em qualquer contrato bilateral em relação ao qual, à data da declaração de insolvência, não haja total cumprimento, nem pelo insolvente, nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso, até que o administrador de insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento<sup>2730 2731 2732</sup>;

---

<sup>2727</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 342.

<sup>2728</sup> É também de atender à Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, que estabelece o estatuto do administrador judicial, salientando-se a enumeração de deveres constante do artigo 12.º.

<sup>2729</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 132 e seguintes, sublinhando que a norma generaliza a todos os contratos bilaterais a solução que já constava do regime anterior para a compra e venda ainda não cumprida. Porém, o Autor nota que a norma será de reduzida aplicação, devido à exigência que nenhuma das partes tenha ainda dado execução ao contrato aquando da insolvência.

<sup>2730</sup> Sobre o tema, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso, Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, em especial as pp. 266 e seguintes. Cf. ainda, em relação aos poderes do administrador de insolvência em relação aos contratos de trabalho celebrados pelo insolvente, e, bem assim, à contratação de novos trabalhadores, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Aspectos laborais da insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, em AAVV, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 687 e seguintes.

- c) Direitos conferidos ao administrador de insolvência pelos artigos 103.º a 119.º CIRE, de forma injuntiva, pelos quais este pode atuar em relação a negócios jurídicos celebrados pelo insolvente antes da decretação da insolvência<sup>2733</sup>.

De notar que este regime se aplica a todos os contratos celebrados pelo insolvente<sup>2734</sup>.

XIV. Do n.º 2 do art. 55.º resulta a “*pessoalidade e intransmissibilidade como características basilares do cargo de administrador de insolvência*”<sup>2735</sup>, sem prejuízo, naturalmente, do recurso a auxiliares, expressamente permitido no n.º 3 do preceito. Apesar de ser permitido o substabelecimento, com o assentimento dos credores, o administrador não pode constituir mandatário com poderes gerais de representação, alienação ou oneração, nem para a prática de atos cujos elementos essenciais não sejam desde logo concretizados na procuração<sup>2736</sup>. Em caso de substabelecimento (lícito), o n.º 7 determina a responsabilidade pessoal do administrador por todos os atos praticados pelo substabelecido ao abrigo do substabelecimento, o que traduz um caso de responsabilidade objetiva<sup>2737</sup>.

XV. De acordo com o art. 59.º do CIRE<sup>2738</sup>, o administrador de insolvência responde:

- a) Pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente, sempre que se verifique a inobservância,

---

<sup>2731</sup> Sobre a matéria no Direito europeu, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O regulamento comunitário sobre insolvência – Uma introdução*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, III, Lisboa, Dezembro de 2006, pp. 1101 e seguintes.

<sup>2732</sup> Considerando que devem ser equiparados aos representantes legais, cf. JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 411, nota 1.

<sup>2733</sup> Sobre estas normas, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 134 e seguintes.

<sup>2734</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 331.

<sup>2735</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 345.

<sup>2736</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 346.

<sup>2737</sup> Assim, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 346.

<sup>2738</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 357 e seguintes.

culposa<sup>2739</sup>, dos deveres que lhe incumbem (n.º 1), ou seja, nos termos gerais previstos no Código Civil<sup>2740</sup>. Saliente-se que aqui está somente consagrada a responsabilidade por atos praticados no exercício das funções do administrador, sendo o lesado um credor ou o devedor<sup>2741</sup>.

- b) Pelos danos causados aos credores da massa insolvente, se esta for insuficiente para satisfazer integralmente os respetivos direitos e estes resultarem de ato do administrador, salvo o caso de imprevisibilidade de insuficiência da massa, tendo em conta as circunstâncias conhecidas do administrador, e, bem assim, aqueles que ele não devia ignorar (n.º 2)<sup>2742</sup>.

Decorre do preceito que o administrador responde tanto por *atos próprios*, como por *atos dos seus auxiliares*<sup>2743</sup>.

XVI. O administrador pode por sua vez recorrer a auxiliares (art. 55.º/3 CIRE). Se tal acontecer, ele responde, em termos próximos ao art. 800.º/1 do CC, nos termos do art. 59.º/3 do CIRE, *pelos danos causados por atos e omissões dos seus auxiliares*<sup>2744</sup>. Os auxiliares funcionam, assim, como “*agentes materiais*” do

---

<sup>2739</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 359, notam que o critério para aferir da culpa é específico, uma vez que se trata da “*diligência normalmente utilizada ou exigível a um gestor criterioso e ordenado*”, em termos análogos ao art. 64.º CSC. Contudo, sublinham, a p. 360, que apesar desta responsabilidade ser inspirada no modelo do CSC, contrariamente ao art. 72.º do CSC, não se estabelece no CIRE qualquer presunção de culpa.

<sup>2740</sup> Neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 359, salientando que o que há de específico consiste no fato de se tratar de “*uma modalidade funcional de responsabilidade, que se fundamenta na violação de deveres postos a cargo do administrador de insolvência na satisfação da missão geral de que está encarregado*”.

<sup>2741</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 359.

<sup>2742</sup> Situação que corresponde, ainda, a uma previsão de responsabilidade subjetiva, como assinalam LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 360.

<sup>2743</sup> Assim, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 358.

<sup>2744</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 105, sublinhando que, embora este regime já resultasse das regras gerais, é positiva a sua consagração específica. O Autor questiona ainda, atendendo a que se

administrador<sup>2745</sup>. Para Carvalho Fernandes e João Labareda, trata-se de uma “situação paralela à da responsabilidade do comitente por atos do comissário”<sup>2746</sup>.

Contudo, não estamos aqui perante uma previsão de responsabilidade objetiva, por fato de outrem, mas antes por responsabilidade *por fato próprio*, com *presunção de culpa*<sup>2747</sup>, como resulta da parte final deste preceito, onde, para além de se permitir o afastamento da presunção, é atribuída relevância negativa à causa virtual. Em crítica a esta opção do legislador, Menezes Leitão refere precisamente a diferente técnica do CIRE, ao adotar uma presunção de culpa que contrasta com a responsabilidade objetiva prevista no artigo 800.º/1 do CC<sup>2748</sup>. Diferentemente, Carvalho Fernandes e João Labareda parecem considerar que efetivamente se trata de um caso de responsabilidade do comitente<sup>2749</sup>, posição que não acompanhamos.

Além disso, os Autores consideram que a responsabilidade do administrador pelos atos do substabelecido (admitida no n.º 7 do art. 55.º do CIRE) segue o *mesmo regime* que o art. 59.º/3<sup>2750</sup>, ou seja, admitem o afastamento de tal responsabilidade através da elisão da presunção ou da relevância negativa da causa virtual, o que parece reduzir ainda mais as possibilidades de responsabilização do administrador e conduzir a um afastamento ainda maior do que se encontra no Direito civil. De fato, não se compreende que no Direito civil, tanto a nível delitual como obrigacional, os artigos 500.º e 800.º do CC

---

trata de responsabilidade obrigacional, por que razão não estabelece o CIRE uma presunção de culpa, como o artigo 799.º/1 do CC.

<sup>2745</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 346.

<sup>2746</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 361.

<sup>2747</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 361, assinalam que está em causa não apenas a escolha do auxiliar, como também o dever de controlo que sobre ele deve ser exercido.

<sup>2748</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 105, acrescentando ainda que a tudo isto se soma um prazo de prescrição “*extraordinariamente curto*”.

<sup>2749</sup> Assim, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 361.

<sup>2750</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 362. Os Autores invocam como argumento que não faria sentido a diversidade de regimes, nem ponderar em termos diversos a culpa do administrador de insolvência quanto à escolha e controlo do substabelecido e dos auxiliares, concluindo pela necessidade de interpretação extensiva do n.º 3 do artigo 59.º do CIRE.

prevejam a responsabilidade em termos objetivos e que, em contrapartida, o CIRE, no âmbito de uma responsabilidade profissional do administrador de insolvência, se mantenha aprisionado a um critério de culpa, com reduzidas possibilidades de concretização.

XVII. Em relação ao administrador de insolvência, verifica-se que este:

- a) Não atua com base na vontade do devedor;
- b) Não é, em bom rigor, representante legal do devedor;
- c) É designado pelo tribunal, ainda que com audição do devedor e / ou dos credores;
- d) A sua atuação é fiscalizada pelo tribunal;
- e) Atua com base numa norma legal.

Assim, importa responder à seguinte questão: *o administrador de insolvência é representante legal do devedor insolvente, para efeitos de aplicação do art. 800.º/1 do CC?*

As características supra enunciadas podem, efetivamente, suscitar dúvidas quanto a saber se a sua atuação pode ser imputada ao devedor, na aceção do artigo 800.º/1 CC. Por outro lado, parece que a solução que se vier a encontrar deverá igualmente ser aplicada àqueles que administram bens penhorados, no âmbito da ação executiva.

A favor da caracterização do administrador de insolvência como representante legal pronuncia-se atualmente Menezes Leitão<sup>2751</sup>.

XIX. Na Alemanha, alguma doutrina propende para considerar que o administrador de insolvência não é um representante legal<sup>2752</sup>. Em sentido

---

<sup>2751</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 269.

<sup>2752</sup> Neste sentido, RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar*, Band II, 1. Teil, §§ 241 – 413, Berlin / New York, Walter de Gruyter, 1976, p. 80.

contrário, no entanto, manifesta-se no entanto uma parte significativa da doutrina, com destaque para Helmut Heinrichs e Dieter Medicus<sup>2753</sup>.

O argumento invocado para rejeitar a qualidade de representante legal reside na circunstância de estas pessoas agirem com base num *direito próprio*. Não obstante, mesmo para a doutrina alemã que recusa a qualificação como representante legal, entende-se que é aplicável o § 278 do BGB, por serem considerados *representantes legais em sentido amplo*<sup>2754</sup>, ou seja, por serem designados *oficialmente*<sup>2755</sup>. Com efeito, estes autores afirmam que o conceito de representante legal utilizado neste preceito não é o conceito restrito, mas deve antes ser entendido em termos amplos, abrangendo todos aqueles que são chamados a prestar uma atividade em relação a um património alheio, que devem administrar<sup>2756</sup>.

Por isso, o BGH já considerou o § 278 do BGB aplicável<sup>2757</sup>:

- a) Ao testamenteiro, na qualidade de *representante legal* do herdeiro;
- b) O marido, em relação à esposa, na qualidade de administrador dos bens trazidos por esta para o casamento.

XX. Parece-nos também que é esta a perspetiva correta: o administrador de insolvência não é, com efeito, representante legal do devedor insolvente, não podendo a sua atuação ser equiparada à dos pais ou tutores. No entanto, o conceito de representante legal contemplado no n.º 1 do art. 800.º do CC deve, a nosso ver, incluir todos aqueles que, independentemente da vontade do próprio, têm a possibilidade de atuar sobre obrigações alheias. Portanto, serão

---

<sup>2753</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, J. *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355; HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 374.

<sup>2754</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 80.

<sup>2755</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ob. cit., ponto 41.

<sup>2756</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 81.

<sup>2757</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 81.



representantes legais, na *acepção ampla* do art. 800.º/1, tanto o administrador de insolvência, como o administrador de bens penhorados<sup>2758</sup>.

Daqui resulta que a atuação de uma destas pessoas deve ser repercutida na esfera jurídica do devedor, para efeitos de responsabilidade obrigacional: o devedor responde pelo comportamento destes *representantes legais*, caso estes, no exercício das respetivas competências legalmente atribuídas, venham a causar danos ao credor no âmbito do cumprimento da obrigação do devedor.

Por exemplo, supondo que o insolvente é devedor de alimentos, não procedendo o administrador de insolvência ao cumprimento desta obrigação, ou fazendo-o em mora, é o devedor responsável, nos termos do art. 800.º/1 do CC.

---

<sup>2758</sup> Assim também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 103, ao afirmar que se incluem no conceito de representante legal, para efeitos do art. 800.º/1 do CC, tanto os representantes designados diretamente pela lei, como os escolhidos pelo tribunal ou pelo próprio devedor, como o administrador da massa falida ou insolvente e o testamenteiro.



### Requisitos

I. Há vários modos de cooperação com o devedor no âmbito de uma obrigação deste. Numa primeira aceção, podemos dizer que os auxiliares são *qualsquer terceiros de que o devedor necessita ou aos quais recorre com vista à execução da prestação a que se encontra obrigado*. No entanto, de acordo com esta perspetiva abrangente:

- a) Tanto pode haver auxiliares materiais, como jurídicos;
- b) Os auxiliares podem ser introduzidos pelo devedor ou ser impostos por lei.

Segundo Messineo, neste sentido alargado, o conceito de cooperação ou de colaboração num contrato alheio abrange, em geral, o *“ausilio di persona che, pur essendo, di regola, estranea al contratto da stipulare, interviene in esso – con funzione a volta a volta diversa: epperò anche a titolo diverso”*<sup>2759</sup>.

II. Em sentido amplo, podem ser considerados auxiliares:

- a) O representante;
- b) O trabalhador;
- c) O notário;
- d) As testemunhas;
- e) O intérprete;
- f) O tradutor;
- g) O mediador.

Todavia, nem todos estes *auxiliares*, que o são em termos amplos, podem ser considerados *auxiliares de cumprimento*, para efeitos do artigo 800.º/1 CC. Por isso, torna-se necessário averiguar, dentro de cada categoria, quem pode ser efetivamente auxiliar para efeitos de aplicação deste preceito.

---

FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 224.

III. Procurando concretizar o conceito, podemos então afirmar que auxiliar de cumprimento é aquele que, *com base na vontade do devedor*, atua como seu ajudante, no cumprimento de uma obrigação do devedor<sup>2760</sup>. A introdução do auxiliar assente numa atuação voluntária do devedor constitui, por isso, elemento essencial da aplicação do art. 800.º/1 CC. A utilização de auxiliares decorre da liberdade de atuação do devedor<sup>2761</sup>: cabe a este definir o modo de atingir o fim a que se obrigou, ou seja, a forma como vai realizar a prestação.

A introdução no cumprimento pode provir<sup>2762</sup>:

- a) De um ato do próprio devedor, caso em que temos um auxiliar de cumprimento;
- b) Da lei, caso em que se trata de um representante legal.

Assim, são auxiliares todas as pessoas de que o devedor se serve para a execução da sua obrigação<sup>2763 2764</sup>, ou, na expressão alemã, "*der Personen deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient*". No mesmo sentido, Ferrara exemplifica a responsabilidade do devedor pelos atos de qualquer pessoa que seja utilizada pelo devedor no cumprimento, podendo, inclusivamente, ser um familiar ou um hóspede<sup>2765 2766</sup>.

---

<sup>2760</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 894.

<sup>2761</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 57.

<sup>2762</sup> Assim, cf. WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 41.

<sup>2763</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 291, admitindo que, em sentido amplo, o auxiliar tanto pode ser um ajudante, como um substituto. Na p. 293, considera que entre os ajudantes (*aides*), se incluem: "*tous les agents dont l'activité se déploie en faveur du débiteur: employés, ouvriers, apprentis, surveillants, domestiques, gens de maison, préposés de tout ordre et de toute condition sociale*".

<sup>2764</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1036, exigindo que se verifique a introdução voluntária, pelo devedor, do terceiro na execução do contrato.

<sup>2765</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 412.

<sup>2766</sup> Neste sentido, cf. também JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 411, referindo a responsabilidade do devedor pelos atos de terceiros que sejam "*peças que, por virtude das relações de subordinação, parentesco ou convivência, devem ser dirigidas e vigiadas pelo solvens*".

IV. No conceito de auxiliar deve igualmente abranger-se as pessoas que convivam com o devedor e das quais este se sirva para executar a prestação<sup>2767</sup>. Aqui se incluem os membros da sua família, bem como quaisquer hóspedes ou visitas<sup>2768</sup>, contanto que haja sido o próprio devedor a introduzi-los no cumprimento da obrigação<sup>2769</sup>. Assim, se o terceiro que provoca a situação de incumprimento for um familiar do devedor, que este haja introduzido no esquema obrigacional por motivos de parentesco ou convivência, parece igualmente de aplicar o artigo 800.º/1 CC<sup>2770</sup>.

V. De acordo com Pedro Múrias, o auxiliar pode não ser alguém que participe na execução da obrigação propriamente dita. O Autor dá-nos o exemplo de M dar à sua namorada, N, o texto de uma tradução de que está incumbido, a qual, furiosa, atira as folhas da janela, provocando um enorme atraso no cumprimento, concluindo que o devedor não se pode exonerar argumentando com a imprevisibilidade de tal comportamento<sup>2771</sup>. Tal seria a solução, em paralelismo com o regime constante do artigo 1044.º CC.

No entanto, como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, não nos parece que, neste caso, o regime a aplicar seja o art. 800.º/1 do CC. Não que a solução deva ser diversa, pois que efetivamente nos parece que M não se pode exonerar, invocando o comportamento de N como sendo uma causa *exterior* a si. Contudo, a solução pode ser obtida com fundamentação diversa:

- a) Pode entender-se que M introduziu N como sua auxiliar de cumprimento, e que, por culpa desta, se verificou a mora, aplicando então o art. 800.º/1 do CC;

---

<sup>2767</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 296.

<sup>2768</sup> No mesmo sentido, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 510. Contudo, o Autor autonomiza os familiares em relação aos familiares. Não, naturalmente, quando o devedor seja uma pessoa coletiva (cf. ob. cit., p. 513).

<sup>2769</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 297: “il est nécessaire que celui-ci agisse avec sa permission, conformément à sa volonté expresse ou tacite”.

<sup>2770</sup> Pode tratar-se de uma qualquer pessoa, familiar, amigo ou conhecido, ou mesmo nem isso. Não se aplica aqui o conceito de “pessoas especialmente relacionadas com o devedor”, presente, p.ex., no art. 49.º do CIRE. Trata-se, ao invés, de qualquer pessoa a que o devedor recorra, independentemente de tal proximidade especial existir ou não.

<sup>2771</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 190.

- b) Ou pode, em alternativa, considerar-se que M tinha em seu poder uma coisa pertencente a outrem, neste caso o seu credor, e que tal detenção visava a execução da obrigação, pelo que M responde, nos termos do art. 1044.º do CC, pela atuação dos terceiros aos quais facultou o acesso a essa coisa.

A diferença, como bem se vê, circunscreve-se à fundamentação, mas não modifica a solução: M responde pela mora, mas não porque haja introduzido N no cumprimento e antes por lhe ter facultado o contato com uma coisa alheia, da qual era detentor. Por outro lado, o art. 1044.º do CC é menos exigente do que o art. 800.º/1 do CC, não se exigindo a atuação *no cumprimento* nem a *culpa* do auxiliar.

VI. Pedro Múrias considera ainda a seguinte situação <sup>2772</sup>: O e P são comproprietários de um armazém, onde cada um guarda as suas mercadorias. O deve responder pelos danos que os empregados da sua transportadora causem nos bens de P.

Uma vez mais, deparamo-nos aqui com o problema da aplicação do art. 1044.º do CC ou, em alternativa, o art. 800.º/1 do CC. Neste caso, porém, ambos os comproprietários partilham o direito de uso do armazém (cf. artigos 1305.º e 1403.º do CC). Não se pode, em bom rigor, identificar uma obrigação entre ambos em relação aos bens do consorte: o que há aqui é antes o contato com uma coisa alheia, pelo que nos parece igualmente que se aplica não o art. 800.º/1, mas antes o art. 1044.º do CC.

VII. A exigência da vontade do devedor é relevante na medida em que, por definição, o devedor deve responder pelas pessoas que não lhe são estranhas, “*o che egli stesso ha incaricato dell’esecuzione dell’obbligazione o si è volontariamente associato nel godimento di una cosa da restituire e quindi nell’obbligo di conservare*”<sup>2773</sup>.

---

<sup>2772</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 191.

<sup>2773</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 510.

VIII. Sendo relevante que o auxiliar atue com a vontade do devedor, já não é essencial que se demonstre, em concreto, qual o auxiliar concretamente culpado. Como refere Krüger, basta provar que houve culpa de *um qualquer auxiliar*, não tendo de ser demonstrado em específico qual deles praticou o ato<sup>2774</sup>.

IX. Relevante é pois que o terceiro haja sido introduzido<sup>2775 2776</sup> no cumprimento da obrigação por iniciativa do próprio devedor<sup>2777</sup>, pois, se não se não verificar, não haverá em princípio responsabilidade obrigacional deste pela atuação de tal pessoa<sup>2778</sup>. Assim, “*o solvens só é responsável pelo fato daqueles a quem ele próprio ou a lei incumbiu da execução do contrato*”<sup>2779</sup>.

É necessário que a iniciativa de introduzir estes terceiros na relação obrigacional tenha provindo do devedor, ou que, ao menos, este haja tolerado esse intervenção ou contato com o credor<sup>2780</sup>. É portanto essencial que se tenha verificado a “*Einschaltung*” do auxiliar por parte do devedor, mesmo que essa seja efetuada tacitamente ou por simples tolerância.

---

<sup>2774</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 42.

<sup>2775</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 82.

<sup>2776</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 20.

<sup>2777</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2012, p. 184, afirmam que auxiliar é qualquer pessoa que atua, de fato, com vontade do devedor no cumprimento da sua obrigação, não relevando as formas de atividade nem a relação jurídica entre auxiliar e devedor.

<sup>2778</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 304, afirma: “*Por vezes, para a inexecução duma obrigação contratual concorreu uma pessoa estranha ao contrato, um terceiro. Se o contraente devedor é responsável pelos actos dessa pessoa estranha, porque a fez intervir na execução da obrigação, ficamos perante uma situação de responsabilidade contratual (...). Mas, se o terceiro foi apenas interveniente na violação do contrato, precisamos de determinar a espécie de responsabilidade em que este incorreu.*”.

<sup>2779</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 411.

<sup>2780</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 47, 113 e seguintes e 134 e seguintes, onde afirma: “*basta, pero es también indispensable, que el tercero que interviene en el cumplimiento de la obligación, lo haga por voluntad de éste*”.

X. Apesar de a introdução do auxiliar dever decorrer da vontade do devedor, esta não tem, necessariamente, de formalizar essa vontade através de um contrato. Basta uma iniciativa do devedor que, em termos amplos, possa ser reconduzida à vontade deste.

O auxiliar pode, inclusivamente, estar a atuar com vista a fazer um favor<sup>2781</sup>, ou por obséquio<sup>2782 2783</sup>, sem que tal prejudique a aplicação do regime do artigo 800.<sup>o2784</sup>.

XI. A vontade do devedor pode ser inicial, ou subsequente; no segundo caso, opera por meio de ratificação<sup>2785 2786</sup>. Portanto, o auxiliar de cumprimento pode ser introduzido na execução por vontade do devedor, prévia ou posterior à sua própria atuação<sup>2787</sup>.

XII. A vontade do devedor pode, também, ser expressa ou tácita. Assim, o devedor também responde pela atuação de um auxiliar se ele tinha, necessariamente, de contar com a atuação deste<sup>2788</sup>.

XIII. Por força desta delimitação, não podem ser considerados auxiliares, na aceção do artigo 800.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, aqueles que<sup>2789</sup>:

---

<sup>2781</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>2782</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 42.

<sup>2783</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 89.

<sup>2784</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 184.

<sup>2785</sup> Neste sentido, ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 703.

<sup>2786</sup> Assim também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 273.

<sup>2787</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 896. Cf. também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08.06.2009 (Processo n.<sup>o</sup> 2016/05.1TVPR.T.P1, Relatora Maria Adelaide Domingos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), no qual se considerou que “O «auxiliar» a que o n.<sup>o</sup> 1 do art. 800.<sup>o</sup> do CC se reporta é alguém introduzido na execução da obrigação por iniciativa própria do devedor, inexistindo qualquer relação específica entre o credor e este terceiro, não se excluindo a possibilidade de uma qualquer relação entre credor, devedor e o terceiro.”.

<sup>2788</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 896.



- a) Desenvolvem espontaneamente uma atividade;
- b) Atuam por iniciativa do credor;
- c) Se imiscuem no cumprimento da obrigação<sup>2790</sup>, sem intervenção / conhecimento do devedor ou contra a vontade deste, incluindo aqui o gestor de negócios (sem que o *dominus* venha a ratificar ou aceitar o ato). Porém, não deixa de se assinalar alguma similitude, porquanto tanto o auxiliar, como o gestor, lidam com um assunto que não lhes pertence, fazendo-o no interesse da pessoa que é titular desse assunto e devendo atuar segundo a sua vontade presumível<sup>2791</sup>.

Assim:

- a) O gestor de negócios em gestão representativa será considerado auxiliar, desde que o *dominus* ratifique a gestão;
- b) Não são auxiliares o gestor na gestão não representativa, nem na gestão representativa não ratificada.

Ana Prata justifica a aplicação do artigo 800.º, n.º 1 ao primeiro caso pela circunstância de a ratificação ter eficácia retroativa<sup>2792</sup>, pelo que comporta a assunção de responsabilidade pela atuação do gestor<sup>2793</sup>.

XIV. Diferentemente, não se confunde com o auxiliar o co-devedor, nem a pessoa que por sua livre iniciativa se propõe cumprir uma obrigação de outrem<sup>2794</sup>, ou com a assunção de dívida por parte de terceiro<sup>2795</sup>. Com efeito, como já foi referido, em caso de solidariedade passiva, como afirma Bianca, é

---

<sup>2789</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 511, salientando que é necessário “che il debitore con il fatto suo abbia volontariamente messo queste persone in relazione con l’oggetto dell’obbligazione e quindi nella condizione di potere arrecare il danno”, tanto por expressa autorização do devedor, como por tolerância sua.

<sup>2790</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 123.

<sup>2791</sup> Cf., quanto ao gestor, DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 66, embora salientando que se trata de uma verdadeira substituição de pessoas.

<sup>2792</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 93, nota 167.

<sup>2793</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 722.

<sup>2794</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 297.

<sup>2795</sup> Cf. também no Direito alemão, o disposto no § 414 do BGB. Assim, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 723.

seguramente inaplicável a norma da responsabilidade por fato dos auxiliares, dado que falta então a estraneidade do co-devedor em relação ao credor<sup>2796</sup> <sup>2797</sup>. Por sua vez, no caso da assunção de dívida<sup>2798</sup>, e, contanto que haja declaração expressa do credor<sup>2799</sup>, verifica-se uma substituição de devedores<sup>2800</sup>.

XV. Coloca a doutrina a seguinte questão: *serão auxiliares, na aceção do artigo 800.º/1 CC, os dependentes que o devedor introduziu no cumprimento, com vista à execução de uma determinada tarefa, mas que espontaneamente realizam uma tarefa diversa daquela para a qual receberam a incumbência?*

Para Vaz Serra, não são auxiliares os dependentes ou empregados do devedor que este não encarregou de realizar uma tarefa executiva relativa à obrigação não cumprida; quanto muito, poderia haver aqui responsabilidade extracontratual mas não obrigacional<sup>2801</sup> <sup>2802</sup>. De acordo com este entendimento se pronuncia também Ana Prata<sup>2803</sup>.

Relacionada com esta questão, está uma outra, que é a seguinte: *podem ser considerados auxiliares as pessoas que habitualmente com ele colaboram mas não foram por ele introduzidos na execução da obrigação que foi, em concreto, incumprida ou incumprida de forma inadequada?*

---

<sup>2796</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 465.

<sup>2797</sup> M. DE. SAVIGNY, *Le Droit des Obligations*, Tome Premier, Tradução de C. Gérardin e P. Jozon, Paris, Auguste Durand, Librairie-Éditeur, 1863, pp. 150 e seguintes

<sup>2798</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 642.

<sup>2799</sup> Cf. também no Direito Alemão, o disposto no § 415/III do BGB. Assim, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 723.

<sup>2800</sup> DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 68.

<sup>2801</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 275 e 276.

<sup>2802</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 702 e 703.

<sup>2803</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 702.

XVI. A questão é debatida. Segundo Jordano Fraga, “*pueden no ser auxiliares de cumplimiento del deudor sus propios empleados: cuando, p. ej., intervienen en el cumplimiento de la obligación, espontaneamente en sus horas libres*”<sup>2804</sup>.

Diferentemente, para Esser / Schmidt, o devedor responde pelos atos de todos os seus auxiliares, desde que estes que atuem na área de interesses da obrigação, mesmo que não sejam propriamente utilizados pelo devedor no seu cumprimento<sup>2805</sup>. Os Autores consideram que o conceito de auxiliar é *funcional*, ou seja, é considerado auxiliar aquele que intervém por vontade do devedor, caso contrário, não se poderá responsabilizar o devedor pelos atos de tal pessoa<sup>2806</sup>.

Pela nossa parte, parece-nos também preferível adotar este segundo entendimento. Com efeito, numa hipótese em que um dependente do devedor atua numa obrigação para a qual não recebeu incumbência do devedor, aquilo que se verifica é o *desrespeito, pelo auxiliar, das instruções que lhe foram dadas*. Ora, tal como sucede no âmbito do artigo 500.º/2 CC, também no artigo 800.º CC esse é um risco típico, i.e., o risco de inobservância das ordens ou instruções do principal. Risco esse pelo qual deverá ser o próprio devedor a responder, e não o credor.

XVII. Não é necessário que exista uma determinada relação jurídica entre o devedor e o auxiliar de cumprimento, para que este seja considerado como tal<sup>2807</sup>. No entanto, os auxiliares são, por via de regra, pessoas especialmente contratadas pelo devedor para o coadjuvar no cumprimento das obrigações assumidas perante terceiros<sup>2808</sup>.

---

<sup>2804</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 133.

<sup>2805</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, ob. cit., p. 55.

<sup>2806</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, ob. cit., retomando o problema nas pp. 396 e 397.

<sup>2807</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895.

<sup>2808</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, Lisboa, Edições Ática, 1961, pp. 15 a 17, refere a variedade de sujeitos que podem intervir na preparação e celebração de contratos, destacando: (a) os mediadores, que aproximam e/ou põem em contato os possíveis contraentes; (b) os que desempenham funções na própria celebração do

Pode tratar-se de uma de duas situações<sup>2809</sup>:

- a) Pessoa a quem o devedor entrega, totalmente, o cumprimento da obrigação, ou *substituto*, situação que veremos melhor no ponto seguinte;
- b) Pessoa que colabora com o devedor no cumprimento, ou *auxiliar*.

Em regra, mas não necessariamente, entre o devedor e o terceiro auxiliar existe um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços<sup>2810</sup>. Contudo, reitera-se que nada obriga a que o terceiro seja contratado pelo devedor. Com efeito, tal como referia Vaz Serra, o devedor responde pelos atos de qualquer terceiro, aqui se incluindo os “*empregados, criados, operários, ajudantes, cônjuge e filhos, hóspedes de passagem*”<sup>2811</sup>.

XVIII. Tanto é auxiliar aquele que é utilizado pelo devedor na realização de um serviço perante o credor, como aquele que realiza um serviço para o próprio devedor, quando este é necessário para o cumprimento<sup>2812</sup>.

No entanto, no primeiro caso, será importante que o auxiliar informe a sua qualidade ao credor<sup>2813</sup>.

XIX. Para que possa ser qualificado como auxiliar, *o terceiro não pode adquirir a posição de parte na relação obrigacional*.

O auxiliar é, por definição, um terceiro, embora não estranho ao devedor<sup>2814</sup>, não podendo por isso ocupar nem a posição de credor<sup>2815</sup>, nem a de

---

contrato, a nível puramente material, como o nuncio e o intérprete, ou a nível jurídico, como o notário, as testemunhas, os representantes e os assistentes; (c) os terceiros em situação de interposição real, como o mandatário.

<sup>2809</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 421.

<sup>2810</sup> RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, ob. cit., p. 311, assinala que os auxiliares, contrariamente aos substitutos, dão “*simplemente una colaboración más o menos organizada y estable*”.

<sup>2811</sup> Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, ob. cit., p. 261.

<sup>2812</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 890.

<sup>2813</sup> Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *La Reticenza nella formazione dei contratti*, Pádua, Cedam, 1972, pp. 288 e 289, aproximando, neste âmbito, a atuação do auxiliar da do representante. Visintini ainda considera que o princípio da responsabilidade do devedor por fato do seu auxiliar é extensível à violação, a este imputável, dos deveres de correção e lealdade em sede de execução da obrigação.

devedor<sup>2816</sup>: o devedor responsável é, assim, a única pessoa à qual o credor pode exigir responsabilidades pelo incumprimento da obrigação<sup>2817</sup>.

Os auxiliares, por definição, são *estranhos* em relação à obrigação existente entre o devedor e o credor<sup>2818</sup>. Se o não forem, nomeadamente, se ocuparem a posição de devedor ou de credor nessa relação, então já não se pode falar de auxiliar<sup>2819</sup>.

São ilustrativos os exemplos dados por Ferrara<sup>2820</sup>:

- a) Se A contrata B para tratar do seu jardim, B é um prestador de serviços, que responde perante A pelo resultado e, bem assim, pelos atos dos seus auxiliares;
- b) Diversamente, se A contrata tanto B como os seus ajudantes para tratar do jardim, por *x* ao dia, durante 8 dias, B já não responde pelos atos dos auxiliares, porque, em bom rigor, não se pode falar aqui de auxiliares mas antes de uma pluralidade de devedores<sup>2821 2822</sup>.

---

<sup>2814</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 127, salienta que “*In realtà, quando si parla di estraneità, si deve intendere estraneità alla sfera di controllo propria del debitore e al suo potere di prevenzione dei rischi che mettono in pericolo la prestazione*”. Na p. 148, acrescenta que, “*trattandosi di fatti dipendenti in definitiva dal potere di controllo del debitore e rientranti nella sfera interna della sua economia individuale, la legge ne attribuisce al debitore la imputabilità basandosi appunto sul suo potere di controllo e sulla normale possibilità che egli aveva di prevenire l’evento dannoso al creditore*”.

<sup>2815</sup> Por isso, não há confusão com a situação em que se verifica a *adiectio solutionis causa*, na qual o devedor é autorizado a exonerar-se mediante a realização da prestação a um terceiro, encarregado pelo credor de a receber. Este caso configura, como salienta DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 64, uma obrigação de faculdade alternativa no que se refere ao sujeito.

<sup>2816</sup> Razão pela qual também não se confunde o recurso a auxiliares de cumprimento com os chamados *contratos a cargo de terceiro*, referidos por DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., pp. 59 e 60, nos quais se pretende atribuir ao terceiro uma das posições contratuais, estando dependente do consentimento do próprio terceiro, momento em que este deixa, obviamente, de ser terceiro.

<sup>2817</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 46 e 53.

<sup>2818</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., p. 225.

<sup>2819</sup> Assim, cf. FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, p. 224: “*la parte che contrae abbisogna dell’ausilio di persona che, pur essendo, di regola, estranea al contratto da stipulare, interviene in esso – con funzione a volta a volta diversa: epperò anche a titolo diverso. In quel che si è sommariamente accennato consiste la cooperazione (o collaborazione) al contratto altrui*”.

<sup>2820</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 458, nota 1.

<sup>2821</sup> Contudo, já não concordamos com o exemplo dado por FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 512, segundo o qual se o filho do devedor, contrariamente às ordens deste, aparece de improviso na fábrica e destrói uma máquina, causando um desastre, o devedor não responde perante o credor, argumentando que “*il fatto di*

Isto leva-nos a reafirmar que não são auxiliares os co-contratantes. A situação pode verificar-se com alguma frequência no caso do *transporte combinado*, em que há vários transportadores, obrigando-se cada um deles a realizar uma parte do trajeto, não sendo, por isso, auxiliares uns em relação aos outros<sup>2823</sup>. Cada um é devedor da sua própria obrigação, independente em relação às obrigações dos demais.

Sendo terceiro, daí resulta a autonomia da relação entre o credor e o devedor, por um lado, e o devedor e o terceiro, por outro<sup>2824</sup>. Logo, o credor apenas poderá atuar contra o terceiro por responsabilidade delitual, mas não pode responsabilidade obrigacional.

XX. Nesta linha de raciocínio, deve afirmar-se que o recurso a auxiliares de cumprimento não se confunde com os chamados *contratos de prestação por terceiro*, nos quais, como refere Leite Campos, se promete a realização de uma prestação pelo terceiro, “*ficando este obrigado, por mero efeito do contrato, a favor do promissário ou de um terceiro*”<sup>2825</sup>. Também neste caso o terceiro se não transforma em parte contratual. Contudo, enquanto os auxiliares de cumprimento são introduzidos no esquema obrigacional por iniciativa do devedor<sup>2826</sup>, havendo apenas uma obrigação, nos contratos de prestação por

---

*mio figlio vale quanto per il fatto di un terzo*”. Porém, se é verdade que o devedor não terá que responder *por fato de outrem*, já não nos parece que não deva haver responsabilidade obrigacional, pois se a fábrica não estava suficientemente protegida contra intromissões de terceiros, deve haver responsabilidade (subjética) do devedor.

<sup>2822</sup> A questão pode ser discutida no caso da pluralidade de empregadores, prevista no art. 101.º CT, uma vez que a lei determina que um dos empregadores *representa os demais*, podendo discutir-se se é ou não auxiliar destes. À partida, parece-nos que não, uma vez que temos uma pluralidade de devedores, ainda que haja certos poderes e direitos que apenas possam ser exercidos por um dos empregadores. Pense-se p.ex. na emissão de duas ordens contraditórias, por dois dos empregadores, sendo necessário que haja um deles que possa tomar a decisão definitiva sobre a ordem que o trabalhador deverá cumprir. Sobre algumas perplexidades suscitadas por esta figura, cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *As perplexidades suscitadas pelas regulamentação positiva de uma figura não inovadora: o contrato de trabalho celebrado com pluralidade de empregadores*, ob. cit., pp. 45 e seguintes.

<sup>2823</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 191.

<sup>2824</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 529.

<sup>2825</sup> DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 55, sublinhando a ilicitude destes acordos, que não vinculam o terceiro.

<sup>2826</sup> Não sendo, por isso, auxiliar, o gestor de negócios.

terceiro pretende-se a criação de uma obrigação para o próprio terceiro, ainda que tal não se mostre viável em face do artigo 406.º, n.º 2, do CC. De modo que, quanto muito, o devedor obriga-se a conseguir o fato do terceiro, o qual não fica, contudo, obrigado, a menos que dê o seu consentimento, momento em que deixa de ser terceiro para passar a ter a qualidade de devedor<sup>2827</sup>.

Não obstante a destrição, chama-se a atenção para o entendimento de Leite Campos, para quem a promessa de fato de terceiro pode implicar, para o devedor, a assunção de uma obrigação de resultado, hipótese em que o próprio devedor tem a opção de cumprir em vez do terceiro. Ora, nestes casos, o Autor afirma que há uma *garantia de resultado*, cujo conteúdo “é uma prestação idêntica à devida pelo garantido”, de forma que o devedor ou promitente “*deve um equivalente (ou sucedâneo) da prestação – a indemnização – circunstância que ressalta se o fato do terceiro consistir numa prestação diferente do pagamento de uma soma em dinheiro*”<sup>2828</sup>. Ora, sendo certo que as situações são diversas, não podemos deixar de assinalar a similitude do resultado, ou seja, o fato de, tanto no recurso a auxiliares, como na promessa de fato de terceiro com a configuração de obrigação de resultado<sup>2829</sup>, existir responsabilidade do devedor em caso de “incumprimento” do auxiliar / terceiro<sup>2830</sup>.

Também neste sentido se pronuncia Ana Prata, ao considerar que “a actuação daquele que culposamente não cumpre, quando se tenha comprometido face ao devedor a exonerá-lo da dívida”, ou seja, a situação prevista no artigo 444.º, n.º 1, parece caber no artigo 800.º, n.º 1<sup>2831</sup>. Aqui, o terceiro promete ao devedor liberá-lo da sua obrigação, pelo que de fato se pode entender que o devedor o utiliza no cumprimento. Além disso, como o acordo é estabelecido entre o devedor e o terceiro, o credor não é um beneficiário direto, não podendo exigir

---

<sup>2827</sup> DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., p. 56.

<sup>2828</sup> DIOGO DE LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, ob. cit., pp. 57 e 58.

<sup>2829</sup> Não aceitando esta classificação, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 123 e seguintes.

<sup>2830</sup> Acerca desta classificação, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 477 e seguintes.

<sup>2831</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 725.

responsabilidades ao terceiro mas somente ao devedor<sup>2832</sup>. Entendimento que nos parece de acolher.

XXI. O auxiliar pode ser uma pessoa singular ou coletiva<sup>2833</sup> “*que, en cuanto tercero no obligado frente al acreedor, interviene, como colaborador o auxiliar del deudor y por iniciativa o voluntad de éste, en las actividades relacionadas con el cumplimiento de la obligación que media entre dicho deudor y su también dicho acreedor*”<sup>2834 2835 2836</sup>.

XXII. Assim, pode concluir-se que não é relevante<sup>2837</sup>:

- a) A existência de uma relação jurídica entre o devedor e o terceiro;
- b) A existência de poderes de direção por parte do devedor;
- c) Se a atividade do terceiro é ou não obrigatória para que o devedor possa executar a sua prestação;
- d) Que o terceiro conheça a sua qualidade de auxiliar;
- e) Que o devedor conheça todos os seus auxiliares: basta que o devedor esteja de acordo com o recurso a determinadas pessoas para o cumprimento: daí que, como veremos, o auxiliar do auxiliar seja também, em princípio, considerado auxiliar para efeitos do artigo 800.º, n.º 1.

---

<sup>2832</sup> Assim também ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 726, ao afirmar que o credor não é titular de qualquer direito cumulável com o crédito.

<sup>2833</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 84.

<sup>2834</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 45.

<sup>2835</sup> De referir, no caso das empresas, que compete ao Estado, nos termos do artigo 86.º da Constituição, incentivar a atividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas. Sobre o tema, cf. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Com a colaboração de Eduardo Paz Ferreira / Manuel Afonso Vaz / Lino Torgal / António de Araújo / António Rocha Marques / Margarida Menéres Pimentel / Miguel Nogueira de Brito, Coimbra, Coimbra editora, 2006, pp. 102 e seguintes.

<sup>2836</sup> Com interesse, cf. ainda BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 81 e seguintes.

<sup>2837</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 82.



Mesmo que não tenha introduzido de forma expressa o terceiro na relação obrigacional, é ao menos necessário que o devedor haja autorizado a sua intervenção<sup>2838</sup>.

XXIII. O auxiliar não precisa de atuar com conhecimento da sua qualidade<sup>2839</sup> <sup>2840</sup>. Relevante é somente que, do ponto de vista material, o auxiliar esteja a executar uma prestação do devedor, ou a colaborar com este na realização de tal prestação, mesmo que desconheça que assim é. Tal desconhecimento é irrelevante para o credor, razão pela qual não impede a aplicação do artigo 800.º/1 do CC.

XXIV. Surgem dúvidas em relação aos chamados *auxiliares aparentes*, que a doutrina alemã denomina de *Anscheinsgehilfe*. Jordano Fraga refere-se a estas pessoas como estando “*envuelto de una apariencia de legitimidade representativa*”<sup>2841</sup> <sup>2842</sup>.

A uma primeira vista, dir-se-ia que, quando o “auxiliar”, efetivamente, não o seja, isto é, quando seja apenas alguém que o devedor introduziu no esquema obrigacional mas sem competência para atuar, não cumprindo o dever de informação da contraparte quanto ao seu verdadeiro papel, parece ainda assim que é de considerar o devedor responsável pela atuação que esta pessoa venha a ter<sup>2843</sup>. Solução que se afigura justificada, já que foi o devedor quem, voluntariamente, introduziu tal pessoa nos preliminares contratuais, mesmo

---

<sup>2838</sup> Neste sentido, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 412.

<sup>2839</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 184.

<sup>2840</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 42.

<sup>2841</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 115.

<sup>2842</sup> Sobre o problema no âmbito da representação, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, Lisboa, AAFDL, 2008, pp. 160 e seguintes. Cf. ainda PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, ob. cit., pp. 991 e seguintes.

<sup>2843</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Reticenza nella formazione dei contratti*, ob. cit., p. 289 e nota 67, dando o exemplo da pessoa de quem o comerciante se serve para exhibir a mercadoria ao futuro adquirente, que pode ser um simples colaborador ou até um familiar.

que o auxiliar não haja observado as instruções que recebeu do devedor. Esta situação será similar à que referimos anteriormente, ou seja, quando haja um auxiliar do devedor, mas que não foi por este introduzido no cumprimento da obrigação concretamente incumprida, antes o fazendo por inobservância das instruções recebidas do próprio devedor.

Para que o falso representante possa ser considerado auxiliar do devedor, *falta o requisito essencial da introdução do terceiro*, com vontade do devedor. Por isso, segundo alguma doutrina, se o (falso) procurador de um cliente de um banco falsifica uma ordem de pagamento e, na sequência disso, o banco efetua o pagamento, não pode defender-se com o fato de o procurador ser auxiliar do cliente: não se aplica, aqui, o § 278 do BGB<sup>2844</sup>.

Em França, no âmbito da representação, há quem considere que o representado deve responder, ao abrigo do artigo 1384.º CCF, dando como exemplo de aplicação os casos de administradores ou gerentes de sociedades que tenham abusado da sua assinatura.

Contrariando esta tendência, Becqué assinala que o representante, contrariamente ao *préposé*, não se encontra ligado ao representado por um nexo de subordinação e dependência, o qual seria essencial para a aplicação deste dispositivo<sup>2845</sup>. Considera, por seu turno, que a responsabilidade pelos atos do representante surge como uma *necessidade económica*, imposta pela segurança das relações comerciais.

Em Espanha, Jordano Fraga admite a responsabilidade obrigacional do representado pelos danos sofridos pelo credor que contrata com um auxiliar do devedor / falso representante, danos esses que resultam da consequente *não vinculação* do devedor, com base nos artigos 1259.º<sup>2846</sup> e 1725.º<sup>2847</sup> CCE<sup>2848</sup>.

---

<sup>2844</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 84.

<sup>2845</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 235.

<sup>2846</sup> Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

<sup>2847</sup> El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

Porém, destaca como elemento essencial da responsabilização do devedor a circunstância de ter sido este a *introduzir, voluntariamente, o auxiliar*, que veio a atuar como falso procurador, nas relações com o (potencial) credor, a que acresce que apenas terá direito a indemnização o credor que se encontre de boa fé<sup>2849</sup>.

Sobre o tema, Visintini assinala que a responsabilidade do proponente pela atuação do auxiliar nos preliminares contratuais se não confunde com a responsabilidade do representado aparente pelo ato do *falsus procurator*, o qual poderá também responder, a título de culpa *in contrahendo*, pela criação de uma realidade aparente e errónea<sup>2850</sup>.

No entanto, a situação que agora nos propomos analisar é diversa: trata-se de alguém que *não é, efetivamente, auxiliar do devedor, mas que atua como se o fosse*, fazendo-se passar por auxiliar e havendo motivos objetivos para terceiros acreditarem que assim é. Por hipótese, suponha-se que alguém se introduz num hospital, fazendo-se passar por um enfermeiro, ou que uma pessoa coloca o uniforme de operador de caixa e atua como se trabalhasse num determinado supermercado. Considera-se auxiliar, para efeitos do art. 800.º/1 do CC? Em caso de incumprimento, responde o devedor pela atuação deste “auxiliar aparente”?

Numa primeira nota, saliente-se que, contrariamente ao disposto para o representante no art. 260.º CC, não há dispositivo legal que permita ao credor exigir ao auxiliar de cumprimento um instrumento que legitime a sua atuação<sup>2851</sup>.

XXV. No caso português, a favor da não responsabilização parece estar o disposto no artigo 268.º CC, uma vez que os atos praticados pelo representante fora dos poderes que lhe hajam sido conferidos não vinculam o representado, a

---

<sup>2848</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 89.

<sup>2849</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 90.

<sup>2850</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Reticenza nella formazione dei contratti*, ob. cit., pp. 292 e 293.

<sup>2851</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, ob. cit., p. 992.

menos que este os ratifique. Certo que o auxiliar pode ser ou não representante mas, ainda assim, poder-se-ia dizer que o regime seria aplicável igualmente ao caso do auxiliar, por meio de interpretação extensiva.

Uma solução possível poderia consistir em seguir a linha sugerida por Pedro Albuquerque: *“encara-se a eventualidade de o legislador, ao não prever outras formas de protecção do tertius, para além das expressamente previstas nos artigos 266.º a 269.º, ter querido simplesmente deixar a via aberta a um ulterior aperfeiçoamento do tráfico”*<sup>2852</sup>. Neste ponto, parece haver uma margem para a proteção do terceiro, com base na aparência e na confiança dela resultante para o credor.

A nossa perspetiva é a de que esta situação se assimila à tolerância por parte do devedor, pelo que, estando diante de terceiro de boa fé (credor), deve igualmente aplicar-se o artigo 800.º/1 CC. Contudo, será necessário que haja, efetivamente, *uma aparência legitimadora da intervenção do terceiro*, i.e., não basta que o terceiro esteja simplesmente presente para fundar uma crença razoável, por parte do credor, de que aquela pessoa é um auxiliar do devedor.

Não o afirmando expressamente, parece ir neste sentido a opinião de Bianca, a respeito do artigo 1228.º CCI, muito embora este Autor se pronuncie especificamente acerca de um auxiliar com poderes de representação mais limitados do que as aparências dão a entender ao credor<sup>2853</sup>.

XXVI. Vejamos um pouco melhor esta fundamentação. No contrato de agência, o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho (modificado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril) estabelece um regime especial, nos

---

<sup>2852</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, ob. cit., p. 999.

<sup>2853</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 465, afirmando que *“il debitore deve ritenersi assoggettato alla situazione di apparente rappresentanza colposamente creata in capo al terzo e sulla quale il creditore abbia fatto affidamento”*. Cf. ainda a anotação de ANGELO FALZEA, *Apparenza*, em AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, II, Ali – Are, Milão, Giuffrè Editore, 1958, pp. 682 e seguintes, onde faz a ligação entre os temas da aparência, boa fé e erro, considerando o erro como elemento da factispécie complexa que integra a tutela da aparência. Como exemplo de manifestação deste princípio, enuncia o caso do *“mandato, considerando valido e vincolante per il preteso mandante il negozio concluso dal preteso mandatario quando l'apparente qualità di quest'ultimo sai dovuta ad un fatto, anche colposo, del primo, ed affermando persino che l'apparente mandatario impegna la responsabilità extracontrattuale indiretta del preteso mandante per i fatti dolosi o colposi commessi in occasione dello svolgimento del mandato.”*.

termos do qual: “o negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro”<sup>2854</sup>. Este é um regime arrojado, que dispensa a ratificação por parte do principal, configurando um caso de “representação aparente, ilustrativo da teoria da aparência, em que o agente age de modo a criar no terceiro a aparência de ser representante do principal, gerando a confiança do terceiro na real existência de poderes representativos”<sup>2855</sup>.

São pressupostos da tutela do terceiro:

- a) Existência de razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso;
- b) Confiança do terceiro na legitimidade do agente;
- c) Boa fé do terceiro;
- d) Contribuição do principal para fundar a confiança do terceiro.

Aqui há mais do que uma situação *tolerada* pelo principal, porquanto este, em bom rigor, contribui para a confiança ou erro suscitado na pessoa do terceiro<sup>2856</sup>. Sobre esta parte final, a doutrina mostra alguma perplexidade, já que a conduta do principal parece conferir *alguma legitimidade* ao agente, apontando antes para “uma hipótese de representação tolerada ou consentida”<sup>2857</sup>.

Segundo Pinto Monteiro, esta norma é, aliás, de “*alargar a todos os contratos de cooperação ou de colaboração*”<sup>2858 2859 2860</sup>.

---

<sup>2854</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, ob. cit., pp. 107 e seguintes. Sobre o tema, cf.: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, ob. cit., pp. 9 e seguintes; CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, ob. cit., pp. 62 e seguintes; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, ob. cit., pp. 439 e seguintes.

<sup>2855</sup> Assim, CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, ob. cit., p. 62.

<sup>2856</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, ob. cit., p. 108; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., pp. 1245 e seguintes.

<sup>2857</sup> CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, ob. cit., p. 63, sublinhando, porém, que aqui não se respeita a forma escrita, exigida no mesmo diploma.

<sup>2858</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, ob. cit., p. 109. Cf. também MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 52 e seguintes.

Para alguma doutrina, parece que poderia existir aqui um problema de culpa *in contrahendo*, havendo um comportamento próprio e culposo do devedor, que criou o erro da contraparte quanto à existência do auxiliar<sup>2861 2862</sup>. Isso apenas será possível se, efetivamente, existir uma situação de confiança criada pelo devedor em relação a atuação do suposto auxiliar, caso contrário este não poderá ser responsabilizado.

Assim, o fundamental parece ser que, independentemente de haver ou não culpa do principal (ou falso principal, se se preferir), parece que deve ainda assim ser este a suportar o dano, se a atitude do falso auxiliar “*se puder configurar para ele como risco da empresa (risco de participação da empresa no tráfico jurídico*”<sup>2863</sup>. Por isso, mostra-se razoável o recurso ao art. 800.º/1 do CC, pelo menos quando se trata de um auxiliar do devedor, introduzido por este no cumprimento, mas sem os necessários poderes de representação<sup>2864</sup>. E, a nosso ver, o mesmo se diga quando o próprio auxiliar seja um falso auxiliar, desde que ainda assim haja uma situação imputável ao risco da empresa. O princípio da confiança assim o parece exigir, contanto que se preencham os seus pressupostos de aplicação<sup>2865</sup>.

---

<sup>2859</sup> Assim também, invocando expressamente a analogia, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, ob. cit., p. 1054.

<sup>2860</sup> Em sentido oposto, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Regime e natureza jurídica da administração conjugal “de fato”*, ob. cit., p. 739, considera que não se mostra viável a aplicação da figura da *representação tolerada* fora do âmbito específico do artigo 23.º do DL n.º 178/86.

<sup>2861</sup> Cf. ainda, no âmbito da representação, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, ob. cit., p. 160.

<sup>2862</sup> Sobre a oposição a este entendimento, no âmbito do representante, cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, ob. cit., pp. 1043 e seguintes.

<sup>2863</sup> Com esta argumentação, a propósito do falso representante, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, ob. cit., p. 70.

<sup>2864</sup> Assim, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, ob. cit., p. 71.

<sup>2865</sup> Acerca deste princípio, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 969 e seguintes. Em especial, na p. 971, o Autor enuncia os pressupostos da proteção jurídica da tutela da confiança: a) uma situação de confiança; b) uma justificação para essa confiança; c) um investimento de confiança; d) uma imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante.

Uma outra disposição que poderia ser invocada a este respeito reside no n.º 3 do art. 1681.º do CC, nos termos do qual: *“se um dos cônjuges entrar na administração dos bens próprios do outro ou de bens comuns cuja administração lhe não caiba, sem mandato escrito mas com conhecimento e sem oposição expressa do outro cônjuge, é aplicável o disposto no número anterior; havendo oposição, o cônjuge administrador responde como possuidor de má fé”*<sup>2866</sup>. Assim, não havendo oposição expressa, será aplicável o regime do mandato, não obstante a ausência de mandato expresse nesse sentido entre os cônjuges.

XXVII. Não nos parece haver aqui especificidades de maior em relação à doutrina geral da tutela da confiança<sup>2867</sup>, pelo que se alguém se fizer passar por auxiliar de cumprimento, verificando-se os requisitos exigidos pelo art. 23.º do regime do contrato de agência, nos parece que igual solução deverá ser adotada, *com as necessárias adaptações*, ou seja: nesse caso, o devedor responderá pela atuação de tal *auxiliar aparente*, nos termos do art. 800.º/1 do CC, solução que se impõe pelo Princípio da boa fé, na sua vertente da tutela da confiança.

A questão poderá ser diversa *se tais requisitos não estiverem preenchidos*, desde logo o último, ou seja, se não se puder imputar a confiança do terceiro a uma atuação do próprio devedor. Pense-se nos casos inicialmente referidos, da pessoa que utiliza um uniforme da empresa, fazendo-se passar por empregado desta. Não parece que se possa dizer aqui que há um contributo por parte da empresa na criação da situação de confiança, até devido à facilidade com que se conseguirá criar um uniforme semelhante (a menos que se trate de situações muito específicas, em que tal não seja possível).

Será ainda assim de imputar ao devedor a atuação do auxiliar? Parece-nos que, não obstante não se preencher aqui aquele requisito, ainda assim tal solução emanará do Princípio da boa fé. Não podemos olvidar que o art. 23.º da

---

<sup>2866</sup> Sobre o tema, cf. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Regime e natureza jurídica da administração conjugal “de fato”*, ob. cit., pp. 673 e seguintes.

<sup>2867</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997, em especial as pp. 1234 e seguintes. O Autor salienta as diversas concretizações deste princípio e assinala que em consequência do mesmo pode ocorrer a preservação de uma posição alicerçada na confiança ou uma obrigação de indemnizar (p. 1249).

lei da agência é uma emanção deste princípio, princípio este que constitui uma regra, e não uma exceção. Ora, numa situação destas:

- a) O art. 800.º/1 do CC não é diretamente aplicável, porquanto o terceiro não foi introduzido pelo devedor no cumprimento;
- b) A solução a dar ao caso tem de ser procurada noutros pontos do sistema, designadamente nos princípios nele vigentes;
- c) Pode dar-se o caso de haver culpa ou, pelo menos, um fato imputável ao devedor: p.ex., se o devedor deixou o uniforme à disposição de qualquer terceiro, ou ainda se os trabalhadores do devedor responsáveis pela supervisão dos seus funcionários não se deram conta de que um terceiro se imiscuía na empresa, caso em que a empresa, naturalmente, deve responder:
  - a. No primeiro caso exemplificado – uniforme deixado à disposição de terceiros – parece que o regime é ainda o disposto no art. 798.º do CC: com efeito, a atuação do terceiro não pode ser considerada um fato externo, não imputável ao devedor, pelo que não terá aplicação o art. 790.º do CC;
  - b. No segundo caso, porém, será já de aplicar, a nosso ver, o art. 800.º/1 do CC, porquanto há uma falha dos verdadeiros auxiliares do devedor no cumprimento, ao não detetarem o intruso;
- d) Finalmente, ainda que nenhuma destas situações se verifique, ou seja, mesmo que todos os cuidados tenham sido tomados pelo devedor, a circunstância de um terceiro se imiscuir na empresa constitui um fato que, a nosso ver, deve correr por conta do devedor, e não do credor: o princípio da boa fé e da tutela da confiança assim o impõe. O paciente que seja atendido por alguém que enverga o uniforme da clínica tem, necessariamente, de confiar na pertença de tal pessoa àquela organização. A aparência assim o determina, pois seria absurdo exigir a tal pessoa que apresentasse documento de legitimidade, antes de aplicar o tratamento. Logo, ainda que não se descubra qualquer



comportamento imputável ao devedor, ainda assim esta é uma situação que corre por conta dele: note-se, não por força do art. 800.º/1, mas como decorrência do princípio da boa fé.

XXVIII. Outro caso é o dos *terceiros que atuam espontaneamente*, sem que sejam para tal introduzidos pelo próprio devedor, numa lógica similar à gestão de negócios. Neste caso, em princípio, o devedor não responde pela atuação destes terceiros<sup>2868</sup>, salvo se, posteriormente, vier a ratificar tais atos.

Na mesma linha, e, por maioria de razão, o devedor igualmente não responde quando tenha previamente proibido a intervenção do terceiro<sup>2869</sup>.

XXIX. Jordano Fraga coloca a este respeito uma questão interessante: na perspectiva deste Autor, quando a atividade devida pelo devedor é, apenas, a designação do terceiro que terá de realizar certa conduta diante do credor, este terceiro não será considerado auxiliar daquele. Exemplifica com o disposto no artigo 154.º CCE, que estabelece o dever legal de cuidado dos pais em relação aos filhos. Assim, se um filho estiver doente, o pai terá a obrigação de chamar um médico, com a celeridade razoável e que seja pessoa de confiança, pelo que, se o não fizer, responde pelo incumprimento de tal obrigação, ou, caso escolha um profissional inadequado, poderá responder por culpa *in eligendo*. Contudo, o médico não se considera auxiliar do pai para efeitos de cumprimento deste dever<sup>2870</sup>.

Este entendimento é também defendido por Esser e Schmidt: o § 278 do BGB não se aplica, na perspectiva destes Autores, ao cumprimento de *certos deveres conexos com obrigações gerais, em que o devedor não pode, sozinho, executar a obrigação*. No caso do dever do pai de chamar o médico, estamos perante um dever que é cumprido desde que a escolha se revele adequada e seja realizada

---

<sup>2868</sup> Assim, FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 322.

<sup>2869</sup> Assim, FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 322.

<sup>2870</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 192.

em período razoável, considerando as circunstâncias do caso. O caso não se confunde com o § 278 do BGB:

- a) No § 278 do BGB, bem como no art. 800.º/1 do CC, o devedor deve, realmente, a tarefa executada pelo auxiliar;
- b) No caso exemplificado, o pai não deve o tratamento que será realizado pelo médico: a sua obrigação resume-se a chamar um médico com os conhecimentos necessários e com a brevidade razoável<sup>2871</sup>.

Cremos que a razão de ser deste entendimento é que o âmbito da obrigação do pai não é curar o filho, mas apenas o de realizar todos os atos necessários a que essa cura venha a ter lugar. Assim, *a atividade do médico extravasa o próprio conteúdo do dever legalmente imposto*, razão pela qual se acompanha o entendimento exposto.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões, considera-se que<sup>2872</sup>:

- a) A pessoa contratada para administrar um terreno não responde, segundo o § 278, pelo comportamento dos operários que nele realizam reparações;
- b) O advogado não responde pelo comportamento do seu cliente.

XXX. Relevante é ainda aferir se podemos considerar auxiliares certos terceiros que o devedor utiliza na execução da prestação mas que são entidades que exercem serviços em *regime de monopólio, ou quase monopólio*: será o caso típico dos serviços de correios, telecomunicações, água e eletricidade. De salientar, todavia, que a questão apenas se coloca se, considerando a obrigação em causa, se concluir que se trata de uma obrigação de colocação<sup>2873</sup>, ou seja, em

---

<sup>2871</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 100.

<sup>2872</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 100.

<sup>2873</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II - Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 170 e seguintes, onde diferencia: a) obrigações de colocação, nas quais o devedor apenas deve colocar a prestação à disposição do credor, no domicílio deste ou num outro local, devendo o credor realizar um esforço para ir buscar a prestação fora do seu domicílio, se for caso disso; b) obrigações de entrega, em que o devedor tem, efetivamente, de entregar a coisa ao credor no domicílio deste ou no local por ele indicado; c) obrigações de envio, em que o devedor se obriga apenas a enviar a coisa para o domicílio do credor, sendo o transporte por conta e risco deste.

que o devedor apenas cumpre depois de levar a prestação até ao credor<sup>2874</sup>. Não há aqui nenhuma particularidade, uma vez que o devedor responde pelos atos dos auxiliares *no cumprimento da obrigação*, donde resulta que, neste caso, o problema apenas se discute se for da responsabilidade do devedor a obrigação de remeter a prestação ao credor.

A qualificação como auxiliar torna-se problemática nas seguintes situações:

- a) Terceiros cuja atuação é um *pressuposto necessário*, como por exemplo os correios ou o notário;
- b) Terceiros que assumem uma *atuação independente*, não efetuada por conta do devedor, como o advogado, notário, conservador, etc.

XXXI. Segundo Bianca, que analisa o problema a respeito do artigo 1228.º CCI, deve excluir-se do conceito de auxiliar que o devedor responde pela atuação de *“persone che gestiscono pubblici servizi”*, para o que invoca dois argumentos: por um lado, o devedor não tem poder de controlo destes serviços, e, por outro, não é ao devedor que cabe pré-determinar a realização da obra pelo terceiro<sup>2875</sup>.

Em contrapartida, como já tivemos oportunidade de analisar, a maior parte da doutrina alemã considera que estas entidades são auxiliares para efeitos de aplicação do § 278 do BGB, ainda que se trate de serviços monopolizados<sup>2876</sup>.

---

<sup>2874</sup> Cf. também FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 146.

<sup>2875</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 463.

<sup>2876</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, pontos 29 e 44; HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895; DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371; RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 90; CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 351.

Na doutrina espanhola, pronuncia-se também neste sentido Jordano Fraga<sup>2877</sup>.

A nosso ver, esta é também a orientação que se nos afigura preferível. Com efeito, ainda que se trate de um monopólio, o devedor poderia sempre cumprir pessoalmente ou mesmo contratar alguém apenas para esse efeito<sup>2878</sup>.

Havendo aqui a necessidade de optar entre quem sofre as consequências da atuação de tal entidade, afigura-se que a solução justa será que tal responsabilidade impenda sobre o devedor, pois que, apesar de tudo, foi este quem introduziu tal pessoa na execução da prestação<sup>2879</sup>.

Por outro lado, a verdade é que se preenchem aqui os pressupostos de recurso ao artigo 800.º/1 CC, nomeadamente a circunstância de o devedor introduzir um terceiro no cumprimento de uma obrigação sua.

XXXII. No seguimento do ponto anterior, coloca-se a questão de saber se são considerados auxiliares *certas entidades que têm, obrigatoriamente, de intervir na celebração de um negócio jurídico*, como é o caso dos notários<sup>2880</sup>, intérpretes, advogados<sup>2881</sup>, etc.

Alguma doutrina considera que os notários podem ser auxiliares do devedor, para efeitos da sua responsabilização<sup>2882</sup>. Todavia, no Direito alemão, a maioria dos autores parece pronunciar-se em sentido inverso<sup>2883</sup>. Só não será

---

<sup>2877</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 144 e seguintes.

<sup>2878</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 145.

<sup>2879</sup> Neste sentido, cf. também FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 145: “fue el deudor quien preferió cumplir contanto con ellos”.

<sup>2880</sup> Sem prejuízo da responsabilidade própria que estes possam ter. Especificamente sobre o tema, cf. JEAN-LUC AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, 5ème édition, Paris, Defrénois, 2008, pp. 17 e seguintes, onde discute em particular se se trata de responsabilidade *contractual*.

<sup>2881</sup> No processo civil, sobre os participantes processuais, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª edição, Lisboa, LEX, 2000, p. 32, e, do mesmo Autor, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2.ª edição, Lisboa, LEX, 1997, pp. 136 e seguintes.

<sup>2882</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 148.

<sup>2883</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350; JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 91.

assim se o notário for, efetivamente, introduzido por uma das partes no cumprimento de um dever específico desta, e não já no âmbito das competências do próprio notário enquanto tal<sup>2884</sup>.

Por outro lado, podem surgir dúvidas na diferenciação entre o auxiliar e a figura que, no Direito alemão, é designada por *Sachwalter*, como abrangendo as “*pessoas que, não sendo representantes de uma das partes nas negociações contratuais, são por ela introduzidas nestas negociações e exercem uma influência determinante na conclusão do contrato, nomeadamente por causa da especial confiança que a outra parte nelas deposita em virtude do seu conhecimento na matéria*”<sup>2885</sup>. Os exemplos avançados pela doutrina são, precisamente, o do advogado e notário, conselheiro de investimento, perito, etc. Estes intervenientes em negócios alheios podem ter responsabilidade própria, desde logo pela inobservância dos seus próprios deveres, legalmente impostos.

XXXIII. Com Esser / Schmidt, afigura-se preferível entender que neste caso o âmbito de atividade destes *auxiliares* extravasa o conteúdo da obrigação do devedor, pelo que daí não pode advir responsabilidade a título obrigacional<sup>2886</sup>.

Logo, há que delimitar a figura do auxiliar de cumprimento em relação a pessoas que intervêm na *celebração* do negócio jurídico, a título complementar, como é o caso dos intérpretes, tradutores, testemunhas, notário, advogado, etc.

Deve entender-se que, no âmbito do seu trabalho de celebração ou de autenticação de negócios jurídicos, o notário não é auxiliar de nenhuma das partes: ele não atua, aqui, no cumprimento de uma obrigação das partes, atua antes no exclusivo cumprimento dos seus próprios deveres profissionais<sup>2887</sup>.

---

<sup>2884</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83; HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 895; WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 29.

<sup>2885</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 54, salientando que a tradução mais próxima seria a de “procurador” mas não em sentido técnico-jurídico.

<sup>2886</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 92.

<sup>2887</sup> Acerca do § 278 do BGB, cf. CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und*

Ressalve-se, no entanto, que em certos casos o notário poderá ser auxiliar de uma das partes, desde logo quando atua com base num mandato especial e fora do exercício dos seus poderes especificamente públicos: p.ex., quando representa as partes perante as autoridades administrativas, prestando uma espécie de assistência jurídica<sup>2888</sup>.

XXIV. Relativamente aos terceiros aos quais o devedor recorre, com o assentimento, expresso ou tácito do credor, mas *em relação aos quais não tem influência*, como os correios ou o transporte por comboio ou avião, por exemplo, Vaz Serra considerava que não seria de responsabilizar o devedor: estas entidades não seriam, assim, seus auxiliares, podendo verificar-se impossibilidade superveniente não imputável ao devedor<sup>2889</sup>. Porém, o Autor salientava que apenas seria assim se houvesse assentimento do credor em relação ao recurso a esses meios por parte do devedor. No mesmo sentido, também Maria Victória da Rocha entende que não se trata aqui de auxiliares de cumprimento, argumentando que *“são situações em que o acto do terceiro é uma componente necessária da prestação e o devedor, desde que a oferta de mercado seja monopolística, não tem qualquer poder de escolha, ou então trata-se de instituições que oferecem os seus serviços de forma idêntica a todo o público.”*<sup>2890</sup>.

Não acompanhamos este entendimento. Se o transporte ou o envio por correio é ainda obrigação do devedor, julgamos que estes meios são auxiliares de cumprimento do devedor. Na verdade, este poderia, com os seus próprios meios, cumprir. Se utiliza um destes recursos, independentemente do assentimento ou não do credor, fá-lo a seu próprio risco e por isso é de aplicar ainda assim o art. 800.º/1 do CC. Caso contrário, estar-se-ia a fazer uma interpretação restritiva do preceito, para a qual não encontramos razão de ser.

---

*Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

<sup>2888</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350.

<sup>2889</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 274 e 275.

<sup>2890</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 92.

Aqui o terceiro é introduzido pelo devedor no cumprimento, pelo que o devedor responde igualmente pela sua atuação, como se fosse própria.

XXV. Por último, refira-se, subscrevendo Jordano Fraga, que *a qualificação como auxiliar é uma questão de fato*, donde resulta que as partes não podem, por via de convenção, excluir essa qualidade<sup>2891</sup>.

Assim, uma vez concluído que determinada pessoa foi introduzida, com vontade do devedor, no cumprimento duma obrigação deste, não poderá este furtar-se à consequência da aplicação do artigo 800.º/1 CC.

---

<sup>2891</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 48.





## Delimitação face aos substitutos do devedor?

I. O artigo 800.º/1 do CC refere, em termos amplos, *as pessoas que o devedor utilize para o cumprimento da obrigação*.

Na perspetiva da doutrina, estão aqui incluídos tanto o auxiliar, como o substituto<sup>2892</sup>. No entanto, colocam-se as seguintes questões:

- a) Como diferenciar um caso do outro<sup>2893</sup>?
- b) E, mais do que isso, será importante esta diferenciação?

II. Durante muito tempo<sup>2894</sup>, considerou-se relevante a diferença entre auxiliar e substituto, entendendo-se que apenas os auxiliares estavam incluídos no regime da responsabilidade por fato de outrem do devedor. Diversamente, em relação ao substituto, entendia-se que se o credor autorizou o devedor a substituir-se, então o devedor não responderia pela atuação do substituto, mas somente pela sua correta escolha e pelas instruções dadas<sup>2895</sup>. Assim, na proposta de Vaz Serra<sup>2896</sup>:

### Art.º 4.º - Substituição

1. *A doutrina dos artigos anteriores não é aplicável ao caso de o devedor estar autorizado a fazer-se substituir por outrem, caso em que o devedor responde pela sua negligência na escolha do substituto, se este lhe não tiver sido indicado pelo credor, ou nas instruções que lhe der ou em outras circunstâncias que lhe sejam imputáveis, mas não pelos fatos do substituto.*
2. *O disposto no parágrafo antecedente é extensivo à hipótese de o devedor se obrigar apenas a escolher outrem para realizar uma prestação.*
3. *Se o devedor substituir a si um terceiro, não estando autorizado a isso, responde, para com o credor, nos termos gerais, pelos fatos do substituto.*

---

<sup>2892</sup> Neste sentido, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 139.

<sup>2893</sup> Sobre o tema, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 418.

<sup>2894</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 296 e seguintes.

<sup>2895</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 298.

<sup>2896</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 302 e 303.

Importa aferir se este entendimento se mantém atual, em face do disposto no artigo 800.º/1 CC.

Pessoa Jorge<sup>2897</sup> considerava que, havendo substituição, o devedor apenas respondia se tivesse atuado com culpa *in eligendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*. Porém, note que o entendimento deste Autor não era totalmente claro, já que parecia exigir que a atuação do terceiro fosse espontânea ou por iniciativa do credor e refere ainda que esta solução era aplicável se se tratasse de um *novo devedor*<sup>2898</sup>.

O Autor distinguia ainda uma terceira situação, que consistia na prestação fungível, em que as partes houvessem convencionado a faculdade de o devedor se substituir, como acontece nos artigos 1165.º e 1213.º do CC, hipótese em que o devedor somente responderia por culpa *in eligendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*, não havendo, assim, responsabilidade objetiva<sup>2899</sup>. Como facilmente se denota, a classificação da prestação como fungível ou infungível apenas releva caso o devedor pretende recorrer a um substituto, mas já não em caso de recurso a auxiliar<sup>2900</sup>.

Neste sentido parece também pronunciar-se Vaz Serra, quando afirma que, se o credor tiver autorizado o devedor a substituir-se por outrem na realização da prestação, então o próprio credor terá aceitado o risco da realização da prestação por terceiro, pelo que em princípio o devedor só poderá ser chamado a responder a título subjetivo, e não já a título objetivo<sup>2901</sup>. E a título subjetivo apenas responderá por fato próprio, designadamente devido a

---

<sup>2897</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 141 e 143.

<sup>2898</sup> Em crítica, ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 709, nota 1291, assinala que este entendimento parece constituir um vestígio da antiga conceção do fundamento da responsabilidade contratual por fato de outrem, assente na culpa do devedor. A Autora considera ainda que esta dificuldade de destrição entre a “substituição-auxiliar” e a “substituição jurídica” resulta da inadequada formulação do artigo 264.º, n.º 3.

<sup>2899</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 143.

<sup>2900</sup> No mesmo sentido, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 144.

<sup>2901</sup> Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, ob. cit., p. 262.

uma má escolha ou a incorretas ou insuficientes instruções dadas ao terceiro substituto.

III. Também na Alemanha este entendimento é sustentado por Medicus, para quem o devedor que transfere a execução do contrato, no seu todo, para um terceiro, não responde pelo § 278 BGB pelo substituto<sup>2902</sup>, mas apenas pela escolha cuidadosa do terceiro<sup>2903 2904</sup>.

De igual modo se pronunciam Esser e Schmidt quando afirmam que, se o devedor transferir totalmente a execução da obrigação a um terceiro, responde pela atuação do substituto não pelo § 278, mas pelo § 276 BGB, ou seja, por culpa própria, designadamente por culpa *in eligendo*<sup>2905</sup>. Como argumento, invocam o fato de tal ter sido expressamente estabelecido pelo BGB, no seu § 664, a propósito do mandato, onde se determina que, se o mandatário se substituir por terceiro, ele apenas responde caso tenha culpa.

Acresce que, para Esser e Schmidt, também não é de aplicar o § 278 BGB quando o devedor se obriga apenas a arranjar um auxiliar ou assistente adequado<sup>2906</sup>. Nessa hipótese, uma escolha cuidada significa que o devedor cumpriu a sua obrigação, pelo que não é de aplicar o § 276 nem o § 278 BGB<sup>2907</sup>.

Deste modo, a doutrina alemã distingue, a respeito do substituto<sup>2908 2909</sup>:

- a) O caso em que a substituição é admissível, em que o devedor apenas responde pela atuação do substituto nos termos do § 664/II/2 BGB, isto é, por culpa própria na escolha do substituto;
- b) O caso em que a substituição é inadmissível, em que o devedor responde por incumprimento, ainda que também por culpa própria,

---

<sup>2902</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 85.

<sup>2903</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 186.

<sup>2904</sup> EWALD METZLER, *Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft*, ob. cit., p. 153.

<sup>2905</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 100.

<sup>2906</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 100.

<sup>2907</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 100.

<sup>2908</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 85.

<sup>2909</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 27.

ou seja, por responsabilidade obrigacional subjetiva, de acordo com o § 276 do BGB.

Por essa mesma razão, entende-se que o transportador intermediário não é auxiliar, porque substitui o transportador obrigado<sup>2910</sup>.

IV. A mesma solução parece vigorar em Itália. Bianca invoca neste sentido o caso do mandato, em que a possibilidade de se fazer substituir por um terceiro significa a possibilidade de o devedor “*creare nel sostituto un nuovo debitore*”<sup>2911</sup>. Com efeito, assim o declara o segundo parágrafo do artigo 1717.º CCI:

*Se il mandante aveva autorizzato la sostituzione senza indicare la persona, il mandatario risponde soltanto quando è in colpa nella scelta.*

V. Numa primeira aproximação, pode dizer-se, com Jaime Gouveia, que o substituto é uma pessoa a quem o devedor entrega, absoluta e exclusivamente, o cumprimento do contrato, enquanto o auxiliar apenas o ajuda nessa execução<sup>2912 2913</sup>. Assim, o substituto ocupa o lugar do anterior sujeito no negócio, realizando a prestação na totalidade<sup>2914</sup>, sublinhando-se no entanto que o devedor não desaparece, ou seja, não se verifica aqui uma novação subjetiva por mudança do devedor<sup>2915 2916</sup>, nem uma cessão da posição contratual.

---

<sup>2910</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 86.

<sup>2911</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 472.

<sup>2912</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 421.

<sup>2913</sup> Assim também ANDREA GIACOMO BEZZOLA, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l’exécution d’une obligation (Art. 101 C.O.)*, ob. cit., p. 63.

<sup>2914</sup> LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 679.

<sup>2915</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 423, sublinhando que “O substituto não entra em relações jurídicas com o accipiens, por isso este também não adquire qualquer crédito contra ele.”.

<sup>2916</sup> No entanto, em relação à subagência, CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, ob. cit., p. 30, considera que o subagente “é um auxiliar de que o agente se socorre para o cumprimento das suas obrigações perante o principal”, posição que não acompanhamos. Não obstante, o Autor salienta que o agente responde, ao abrigo do artigo 800.º/1 do CC, perante o principal, pela atuação do subagente.

VI. Com maior rigor, parece dever diferenciar-se entre substituto e auxiliar da seguinte forma:

- a) A intervenção do auxiliar pressupõe que haja também uma intervenção do devedor, conjugada ou não com a atuação de outros terceiros, introduzidos igualmente como auxiliares de cumprimento pelo devedor;
- b) Por outro lado, a intervenção de um substituto pressupõe a ausência do devedor, cabendo àquele a realização total da prestação<sup>2917</sup>.

Há diferenças entre estas duas situações para efeitos do artigo 800.º/1 CC? Para responder a esta questão, afigura-se necessário, em primeiro lugar, realizar uma outra<sup>2918</sup>. No segundo sentido agora enunciado, um substituto pode sê-lo de duas maneiras diferentes:

- a) Substituto na *execução material* da prestação, quer se trate de um ato material propriamente dito, quer de um ato jurídico;
- b) Substituto na *posição jurídica obrigacional* ocupada pelo devedor.

Em sentido amplo, a situação prevista na alínea b) – ou seja, enquanto situação em que num negócio jurídico, uma pessoa toma o lugar da outra, a substituição pode abranger figuras variadas: representação<sup>2919</sup> e gestão<sup>2920</sup>, p.ex..

Não obstante, apenas a substituição material cabe ainda no n.º 1 do artigo 800.º<sup>2921</sup>, o que já não acontecerá, ao invés, com a substituição jurídica.

VII. Poderia perguntar-se se há interesse em fazer esta diferenciação. De fato, o devedor responde, quer pelos atos dos auxiliares, quer pelos atos dos substitutos. Assim, poder-se-ia dizer que a diferenciação é indiferente para efeitos de aplicação do artigo 800.º/1 CC.

---

<sup>2917</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 140, sublinha que a expressão «substituto» não é utilizada em sentido técnico, pois não se trata da «prática de um acto jurídico alheio no interesse próprio».

<sup>2918</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 709.

<sup>2919</sup> Sobre a representação em juízo, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo Processo Civil*, ob. cit., pp. 148 e seguintes.

<sup>2920</sup> LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 679.

<sup>2921</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 709.

Parece ir neste sentido a opinião de Jaime Gouveia, ao afirmar que a distinção entre substituto e auxiliar é irrelevante quando se trate de uma prestação de entrega de coisa certa e determinada, salientando, no entanto, que tal destrição já adquire relevo, nomeadamente quando seja a própria lei a determinar que o devedor só responde pela culpa na escolha do substituto, como acontece no mandato<sup>2922</sup>.

Contudo, a verdade não é essa: um dos pressupostos de aplicação do artigo 800.º/1 CC é, precisamente, que o devedor *possa recorrer a substitutos e/ou a auxiliares* na execução da prestação. Por conseguinte, pode haver, e há decerto, muitos casos em que o devedor não pode recorrer a substitutos, mas pode usar auxiliares, em razão da infungibilidade da obrigação. Ora, se num desses casos ele recorrer a substitutos, a responsabilidade obrigacional não será regulada pelo artigo 800.º/1, mas sim pelo artigo 798.º, tratando-se de responsabilidade subjetiva e pessoal ou direta. Pelo que esta é uma diferenciação que se mostra da maior importância.

VIII. Assim<sup>2923</sup>, quando um terceiro executa completamente a prestação, no lugar do devedor, atua como seu *substituto*, o qual pode, por seu turno, ter os seus próprios auxiliares, já que atua com independência; diferentemente, quando se limita a colaborar, em maior ou menor âmbito, trata-se de um mero *auxiliar*<sup>2924</sup>.

O substituto é, assim, “*une personne indépendante que le débiteur charge d'exécuter tout ou partie du contrat*”<sup>2925</sup>.

Pires de Lima e Antunes Varela assinalam que a responsabilidade do devedor não se verifica quando o contrato lhe permita que se substitua por

---

<sup>2922</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 423.

<sup>2923</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 420: “L'aiutante è colui chet sta accanto, il sostituto quello che sta in vece del debitore, l'uno ha una posizione sottordinata, l'altro una posizione autonoma ed indipendente”.

<sup>2924</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 265. Não acompanhamos, todavia, a afirmação deste Autor segundo a qual o auxiliar se encontra numa situação de *subordinação* em relação ao devedor, porquanto, como já se viu, ele pode agir também com total independência deste.

<sup>2925</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1036.

terceiro<sup>2926</sup>. Contudo, parece-nos que tal apenas acontecerá quando esta substituição signifique uma novação da obrigação, nos termos de seguida referidos.

Deste modo, há que concluir que, sendo a substituição material ou executiva, o artigo 800.º/1 do CC é, naturalmente, de aplicar. Só assim não será nos casos adiante analisados, ou seja, quando a substituição seja jurídica<sup>2927</sup>.

IX. Coloca-se ainda a seguinte questão: será auxiliar ou substituto o banco que, por ordem de outro banco, realiza uma determinada operação?

A questão é debatida na doutrina alemã. Para alguns autores, o banco intermediário atua por conta do banco ordenador, sendo seu substituto, entendimento que levaria a uma diminuição da responsabilidade do banco, que não responderia pelo § 278 mas antes pelo § 664 do BGB, ou seja, apenas por culpa *in eligendo*.

Em sentido diverso, Werner Sundermann considera que não releva saber *por conta de quem* trabalha o banco intermediário. Esse é apenas um dos elementos a considerar, mas não é o elemento essencial para decidir quanto à responsabilidade do banco ordenador. Acresce que, a seu ver, é difícil convencer o cliente deste banco de que o mesmo só responde por culpa *in eligendo*. Apesar disso, parece admitir a aplicação, a este caso, do § 664 do BGB, embora com argumentação diversa: na sua perspetiva, a aplicação desta norma é benéfica também para o cliente, porque constitui um estímulo para que o mandatário – o banco intermediário – execute corretamente o seu trabalho<sup>2928</sup>.

---

<sup>2926</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56.

<sup>2927</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 719.

<sup>2928</sup> WERNER SUNDERMANN, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., pp. 468 e 469.

X. A intervenção do substituto não se confunde com a *novação subjetiva*<sup>2929</sup>, que traduz uma verdadeira *substituição jurídica*<sup>2930</sup> do devedor<sup>2931</sup>. Vejamos:

No caso de novação, o substituto ocupa totalmente o lugar anteriormente detido pelo devedor<sup>2932</sup>. Além disso, irá executar a prestação em seu próprio nome pessoal, o que justifica que seja necessário o consentimento do credor, dado ocorrer aqui uma mudança, em sentido próprio, da pessoa do devedor<sup>2933</sup>. De acordo com o disposto no artigo 858.º CC, ocorre uma verdadeira modificação da obrigação<sup>2934</sup> <sup>2935</sup>, com extinção da relação preexistente, substituída por uma nova obrigação<sup>2936</sup>. Se tal consentimento inexistir, não haverá ainda assim um substituto, mas antes uma assunção cumulativa de dívida<sup>2937</sup>, com dois devedores em vez de um só (cf. artigo 595.º CC).

Diversamente, havendo um substituto meramente material ou executivo, o devedor na relação obrigacional mantém-se a mesma pessoa, ainda que este atribua ao substituto a tarefa de realizar integralmente a prestação. Havendo cumprimento ou incumprimento, este é atribuído ao devedor, e não ao substituto<sup>2938</sup>. Portanto, mesmo em caso de substituição, o recurso, por parte do devedor, ao substituto, deixa inalterada a situação de crédito-dívida

---

<sup>2929</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 114 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 217 e seguintes.

<sup>2930</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 54 e 55, onde afirma que “*son incompatibles con la idea del auxiliar de cumplimiento, las dos formas de asunción de deuda: cumulativa y liberatória o novativa*”.

<sup>2931</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 421.

<sup>2932</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 78, considera que na “substituição propriamente dita” não há subcontrato, já que o substituto assume o lugar do substituído.

<sup>2933</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 130.

<sup>2934</sup> VIRGILE ROSSEL, *Manuel du Droit Fédéral des Obligations. Code Fédéral des Obligations et Lois Spéciales s’y rattachant*, 2ème edition, Lausanne, Payot & Cie. Éditeurs, 1905, pp. 214, onde salienta que na novação existem, por isso, duas obrigações: a obrigação primitiva e a que resulta da novação.

<sup>2935</sup> Cf. também PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 643.

<sup>2936</sup> ANGEL CRISTOBAL-MONTES, *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, p. 120.

<sup>2937</sup> Cf. também no Direito alemão, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 723.

<sup>2938</sup> Assim, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 421.



anteriormente<sup>2939</sup>. Ou seja, “dá-se apenas uma incumbência de execução”<sup>2940</sup>. Isto acontece, desde logo, no n.º 3 do artigo 264.º do CC, em que se admite a substituição do procurador (quando efetuada com reserva), regime este que se aplica igualmente ao mandato, por força do artigo 1165.º, à subempreitada<sup>2941</sup>, nos termos do artigo 1213.º, n.º 2, ao subdepósito, nos artigos 1197.º e 1198.º, e ao testamenteiro, de acordo com o artigo 2334.º<sup>2942</sup>.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões, não se pode falar na existência de um substituto quando tenha ocorrido cessação da posição contratual<sup>2943 2944</sup>.

Assim, não é de aplicar o n.º 1 do artigo 800.º do CC a um caso de *substituição jurídica*, isto é, quando o terceiro assume o lugar ocupado pelo devedor.

Pelo que, havendo substituição (jurídica) lícita:

- a) Não se aplica o artigo 800.º, n.º 1;
- b) Tratando-se de substituição autorizada, o devedor apenas responde pela sua própria culpa, na escolha ou instruções dadas ao terceiro, i.e., nos termos gerais<sup>2945</sup>.

XI. Em regra, quer se trate de auxiliar, quer de substituto, o devedor tem a liberdade de os introduzir no esquema obrigacional<sup>2946</sup>.

---

<sup>2939</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 53.

<sup>2940</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 423.

<sup>2941</sup> Sobre esta, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., pp. 115 e seguintes; PEDRO DE ALBUQUERQUE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Volume II – Contrato de empreitada, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 325 e seguintes.

<sup>2942</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, ob. cit., p. 61, assinala que, enquanto na empreitada e no depósito o legislador referiu expressamente o subcontrato em causa – subempreitada e subdepósito – o mesmo não se verifica no âmbito do mandato, onde se refere apenas a “substituição por outrem”.

<sup>2943</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 55.

<sup>2944</sup> Cf. também no Direito alemão, DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., pp. 723 e 724.

<sup>2945</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, ob. cit., p. 64.

<sup>2946</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 267: “... le principe légal est l'autorisation de l'emploi d'auxiliaires”.

Só não será assim em caso de obrigação infungível<sup>2947</sup>, em que o devedor não pode recorrer a um substituto. A infungibilidade pode decorrer de (artigo 767.º CC)<sup>2948</sup>:

- a) Acordo das partes;
- b) Assunção pessoal pelo devedor da realização da prestação<sup>2949</sup>;
- c) Natureza da própria prestação.

Esta situação verifica-se, por regra, nas prestações *de facere*<sup>2950 2951</sup>.

Não obstante, mesmo nas obrigações infungíveis, o devedor pode recorrer a auxiliares, contanto que *“a actividade destes se circunscreva a elementos instrumentais ou acessórios da prestação, ou, tendo carácter geral, se limite a uma ajuda ou cooperação com o devedor, subordinada à actuação deste e controlada por ele”*<sup>2952</sup>. O que já não poderá é fazer-se substituir por outrem na realização da prestação, sob pena de incorrer em responsabilidade obrigacional subjetiva, i.e., nos termos do artigo 798.º CC<sup>2953 2954</sup>.

---

<sup>2947</sup> Segundo RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1977-78, p. 45, a obrigação não fungível é aquela que necessita de ser cumprida pelo próprio devedor, sublinhando que a não fungibilidade pode decorrer de (a) acordo ou da (b) natureza da prestação, sendo especialmente frequentes nas prestações de fato. Cf. ainda LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 118 e seguintes e *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 152 e seguintes.

<sup>2948</sup> Neste sentido, cf. também PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo II, Cap. II: O Objecto, ob. cit., pp. 27 e seguintes, onde afirma: *“Se a prestação é de fato, então diz-se que ela é fungível se o fato a que o devedor está adstrito a praticar não é estritamente pessoal, e portanto pode ser praticado tanto por êle como por outrém”*.

<sup>2949</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 422, referindo, neste caso, a natureza pessoal da prestação.

<sup>2950</sup> No mesmo sentido, ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 268.

<sup>2951</sup> Por vezes, é a própria lei que impede a substituição do devedor, como se verifica no n.º 2 do artigo 113.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, a propósito da representação cénica: *“Se tiver sido convencionado no contracto que a representação da obra seja confiada a determinados actores ou executantes, a substituição destes só poderá fazer-se por acordo dos outorgantes.”*

<sup>2952</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 738. Não nos parece para este problema relevante referir as obrigações relativamente infungíveis, mencionadas por esta Autora nas pp. 739 e seguintes, que não seriam exequíveis por qualquer terceiro, mas apenas por terceiros com determinadas aptidões, uma vez que, como a mesma reconhece, o regime aqui aplicável será o da fungibilidade.

<sup>2953</sup> Não obstante, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 142 e 143, distingue os dois casos na medida em que, tratando-se de infungibilidade convencional, caso o terceiro realize a prestação e daí não resultem danos para o credor, não pode este exigir responsabilidade ao devedor.

XII. Para que o devedor responda pela atuação de um substituto, nos termos do artigo 800.º/1 CC, será então necessário que:

- a) A obrigação seja fungível, sendo admissível a intervenção do substituto<sup>2955 2956</sup>;
- b) Que a intervenção do substituto tenha ocorrido devido a iniciativa do devedor<sup>2957</sup>.

Portanto, para que o devedor possa recorrer a um substituto e, em consequência disso, ficar responsável pelos danos decorrentes da atuação deste nos termos do artigo 800.º/1 CC, a prestação tem de ser fungível. Ao invés, mesmo tratando-se de prestação infungível, o devedor poderá sempre recorrer a auxiliares, como de resto o Código Civil expressamente admite nos artigos 264.º, n.º 4, 1165.º e 1213.º, n.º 2<sup>2958</sup>, mas não já a um substituto.

Tal como Pessoa Jorge sublinha, se a atuação do terceiro substituto for lícita, nem este nem o devedor respondem, desde que fosse imprevisível e inevitável para o devedor o incumprimento. Ao invés, se se tratar de atuação culposa do substituto, o devedor responde nos termos do artigo 800.º/1 CC, mesmo que não pudesse prever nem evitar o incumprimento<sup>2959</sup>.

Alguma doutrina refere ainda as prestações *relativamente infungíveis*, que não podem ser executadas pelo devedor, mas por um certo número de pessoas<sup>2960</sup>. No entanto, estas devem receber o mesmo tratamento que as obrigações fungíveis, quando o substituto seja uma das pessoas que se encontra

---

<sup>2954</sup> Por vezes, é a própria lei que prevê expressamente a faculdade de substituição. Por exemplo, o CCI admite-o no artigo 2232.º: *“Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione.”*.

<sup>2955</sup> A prestação de coisas é fungível, como salienta JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 90 e 91.

<sup>2956</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 269.

<sup>2957</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 141.

<sup>2958</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, ob. cit., p. 93.

<sup>2959</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 143.

<sup>2960</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, ob. cit., p. 91.

no reduzido círculo de indivíduos suscetível de realizar a prestação, ou infungível, quando assim não seja.

XIII. O protótipo de substituto é o subcontratado<sup>2961</sup> <sup>2962</sup>. No entanto, parece-nos relevante sublinhar que a subcontratação será apenas uma espécie dentro deste fenómeno mais amplo, que é a substituição do devedor.

O subcontrato é um contrato individualizado em relação ao contrato principal, ainda que com este tenha uma parte em comum, daí que, sendo o subcontratado alheio ao credor no contrato principal, se possa falar de alienidade de um em relação a outro.

Na subcontratação verifica-se que dois contratos se encontram ligados entre si, sendo que, por via dessa ligação, um dos contratos é uma redução, em termos subjetivos, do outro contrato, uma vez que concentra numa só pessoa duas posições contratuais antagónicas<sup>2963</sup>. Há, assim, dois contratos autónomos entre si mas que se encontram intimamente conexos<sup>2964</sup>.

Destarte, o subcontrato é um contrato separado do contrato principal, derivando do próprio subcontrato os direitos e obrigações das respetivas partes<sup>2965</sup>. O subcontrato decorre de um contrato base<sup>2966</sup>, do qual se desprende, dando origem a um novo direito, de estrutura idêntica mas com menor conteúdo económico<sup>2967</sup>, mantendo-se o contrato originário<sup>2968</sup>.

---

<sup>2961</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 139.

<sup>2962</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 56 e 57.

<sup>2963</sup> Cf., sobre este tema: RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, p. 299; JEAN NÉRET, *Le sous-contrat*, ob. cit., pp. 9 e seguintes; MARIO BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria del subcontratto*, em *Rivista del Diritto Commerciale*, Volume XLI, Parte Prima, 1943, pp. 181 e seguintes.

<sup>2964</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 75.

<sup>2965</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo secondo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, p. 165.

<sup>2966</sup> JEAN NÉRET, *Le sous-contrat*, ob. cit., p. 12 e ainda pp. 67 e seguintes.

<sup>2967</sup> JEAN NÉRET, *Le sous-contrat*, ob. cit., p. 131.

<sup>2968</sup> ANGEL CRISTOBAL-MONTES, *Estudios de Derecho Civil*, ob. cit., p. 122.

XIV. O subcontratado não se confunde com os auxiliares do devedor, ainda que na prática nem sempre seja tarefa fácil a destrição entre auxiliar e substituto<sup>2969</sup>.

Com se referiu, a substituição do devedor só é admitida nas prestações fungíveis, enquanto o recurso a auxiliares é possível, ainda que a prestação seja infungível, tal como o admite expressamente o CC nos artigos 264.º, n.º 4, 1165.º, 1198.º e 1213.º, n.º 2<sup>2970</sup>.

Por outro lado, quando o auxiliar é dependente do devedor, não poderá falar-se em subcontrato nem em substituição. Ao invés, tratando-se de uma pessoa que atua com independência face ao devedor, podemos estar tanto diante de um verdadeiro auxiliar, como de um substituto<sup>2971</sup>.

Em regra, o devedor pode subcontratar, ou seja, pode ser parte num contrato com um terceiro, cujo objeto reside no todo ou em parte da prestação a que se obrigou diante do credor. Essa liberdade decorre da permissão genérica de autonomia privada, presente no artigo 405.º CC.

Só assim não acontecerá quando:

- a) Haja uma proibição expressa, por parte do credor;
- b) A execução pessoal da prestação seja uma exigência da sua própria natureza<sup>2972</sup>.

O subcontrato é muito frequente em relação a certas espécies contratuais, como é o caso do transporte<sup>2973</sup> e da empreitada.

---

<sup>2969</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 76.

<sup>2970</sup> Neste sentido, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 76.

<sup>2971</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 78, salientando que cada caso precisa de uma apreciação em concreto.

<sup>2972</sup> RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, ob. cit., p. 303.

<sup>2973</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 725 e 744. O transporte implica a movimentação de pessoas e de bens: assim, verifica-se a “deslocação voluntária e promovida por terceiros, em termos organizados, de pessoas ou de bens, de um local para o outro”. Neste sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito dos Transportes*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, Volume I, disponível em: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72384](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72384), p. 1. Para o Autor, o transporte assume-se como uma obrigação de resultado, porquanto o que releva é a “colocação da pessoa ou do bem, íntegros, no local do destino”, pelo que o transporte “abrange todas as operações necessárias para que o seu sentido útil possa ser atingido”. Cf. também, do mesmo Autor, *Introdução ao Direito dos Transportes*, em I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 5 e seguintes. Cf. também, com interesse: ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA,

XV. Quando o devedor recorre a substitutos mediante a subcontratação, podemos deparar com uma de duas situações<sup>2974</sup>:

- a) O subcontrato como *modo de aproveitamento das vantagens* do contrato base, como acontece na sublocação<sup>2975</sup>;
- b) O subcontrato como *modo de execução* do contrato base, em que um terceiro se irá substituir ao devedor na realização da prestação.

É este segundo sentido que interessa ao nosso estudo, sendo o que acontece no submandato e na subempreitada, por exemplo<sup>2976</sup>.

No primeiro caso, i.e., quando o substituto aufere uma vantagem, não se pode considerar aplicável o artigo 800.º/1 CC: com Romano Martinez, devemos afirmar que “*considerar o sublocatário como um ajudante no cumprimento é uma ficção sem apoio legal*”, o mesmo se passando em casos análogos, como o comodato e o fretamento<sup>2977</sup>. Também Ana Prata afirma que a atuação do sublocatário não pode ser reconduzida ao n.º 1 do artigo 800.º: ainda que o locatário responda pelos atos danosos do sublocatário, tal imputação não resulta deste preceito. A razão de ser é simples: com efeito, o subcontratante não é, neste caso, um auxiliar do devedor no cumprimento da sua obrigação<sup>2978</sup>. Nesse mesmo sentido nos pronunciámos anteriormente quanto à relação entre art. 800.º/1 e o art. 1044.º CC: são situações próximas, mas que não se confundem entre si.

---

Anotação ao Acórdão de 26 de Julho de 1968, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 102.º, N.º 3400, pp. 298 e seguintes e Anotação ao Acórdão de 26 de Julho de 1968, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 102.º, N.º 3401, pp. 309 e seguintes. Saliente-se que que o transportador só conclui a execução do seu contrato com a entrega do bem ao destinatário.

<sup>2974</sup> Neste sentido, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., pp. 128 e 129.

<sup>2975</sup> Especificamente sobre este tema, cf. ESTELITA DE MENDONÇA, *Da sublocação*, Coimbra, Almedina, 1972, pp. 15 e seguintes.

<sup>2976</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 407.

<sup>2977</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., pp. 138 e 139, salientando que o locatário apenas responde pelos atos do sublocatário quando a sublocação não tenha sido consentida ou, quando tendo sido autorizada, haja culpa *in eligendo* quanto à pessoa do sublocatário.

<sup>2978</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 723.

XVI. É importante assinalar que a subcontratação não afeta o contrato principal, com especial destaque para o fato de o devedor, neste contrato, não ser alterado<sup>2979</sup>. Destarte, *“el tercer subcontratante sigue siendo, por tanto, un tercero ajeno a dicha relación”*<sup>2980</sup>.

Por outro lado, embora não seja um auxiliar mas sim um substituto, o subcontraente é equiparado ao auxiliar<sup>2981</sup>, para efeitos de responsabilidade do devedor pelos seus atos, no cumprimento da obrigação<sup>2982</sup>.

Como salienta Romano Martinez, *“mesmo que o subcontrato seja lícito, o intermediário pode ser responsável pela actuação do subcontraente que venha a lesar a contraparte no contrato principal”*, na medida em que o recurso ao terceiro e a intervenção deste *“acarretam um agravamento da responsabilidade do intermediário”*<sup>2983</sup>.

XVII. Por isso, mostra-se criticável a decisão do Supremo Tribunal Espanhol, na sentença de 30.04.1959<sup>2984</sup>, onde analisou o seguinte caso, relativo ao transporte de pessoas: A comprou um bilhete junto da empresa *El Oriente*, para fazer o percurso La Coruña-Vivero. Durante o trajeto, o autocarro teve uma avaria, pelo que a empresa enviou um novo autocarro e motorista, de uma outra empresa, *El Noroeste*, a qual também trabalhava na mesma linha. O motorista desta segunda empresa não tinha a licença necessária para conduzir autocarros e o autocarro utilizado não respeitava o regulamento de segurança, tendo o passageiro ficado lesionado em consequência disso. O passageiro acionou a segunda empresa e o tribunal de primeira instância deu-lhe razão, mas a segunda instância revogou esta decisão, por considerar inexistir contrato entre autor e ré. Por sua vez, o STE afirmou que o transportador tinha,

---

<sup>2979</sup> Segundo RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, ob. cit., p. 305, o subcontrato não supõe *“una efectiva transferencia de la primera relación contractual, sino la constitución de una nueva a expensas de la anterior”*.

<sup>2980</sup> RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, ob. cit., p. 309.

<sup>2981</sup> Cf. também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 93, nota 167.

<sup>2982</sup> Neste sentido, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 79.

<sup>2983</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 137.

<sup>2984</sup> Referida por FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 187, nota 285.

efetivamente, a obrigação de preservar a segurança e integridade física do passageiro, pelo que o acidente ocorrido levaria, em princípio, à responsabilidade pelo incumprimento. No entanto, atendendo ao obstáculo da relatividade dos contratos referido pela segunda instância, o STE afirmou: *“las dos empresas de transporte implicadas en el caso, aunque formalmente son dos empresas distintas, con dos titulares (empresarios individuales) diversos, substancialmente o de hecho funcionan como una sola empresa”*<sup>2985</sup>.

Esta argumentação mostra-se, sob diversos pontos de vista, insustentável:

- a) Por um lado, ignora que o contrato foi celebrado entre o passageiro e a primeira empresa, sendo a segunda alheia ao mesmo, ou seja, um terceiro;
- b) Por outro, assenta num pressuposto não demonstrado, de que as duas empresas constituiriam uma unidade de fato em termos empresariais<sup>2986</sup>;
- c) Ignora que a obrigação de realizar o transporte, assumida perante o passageiro, competia à primeira empresa, que, terá, para esse efeito, recorrido à segunda empresa, enquanto substituto no cumprimento;
- d) Ignora ainda que porventura a segunda empresa poderia responder também, diretamente, enquanto comitente e a nível delitual, perante o lesado.

Em forte crítica a esta decisão, também Jordano Fraga considera que o caso deveria ter sido resolvido de forma diversa: a primeira empresa seria responsável contratualmente, enquanto a segunda responderia extracontratualmente<sup>2987</sup>.

Concretamente, no caso português, o devedor, ou seja, o contratante intermediário, responde, objetivamente, pelos atos do subcontratado, na

---

<sup>2985</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 187, nota 285.

<sup>2986</sup> Acerca das relações entre as empresas, cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no Direito)*, Coimbra, Almedina 1999 (reimpressão da edição de 1996), em especial as pp. 286 e seguintes.

<sup>2987</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 188, nota 285 (continuação).



medida em que estes traduzam o cumprimento da sua obrigação perante o credor, ao abrigo do artigo 800.º/1 do CC<sup>2988</sup>.

XVIII. Pode acontecer que o credor tenha concedido uma *autorização genérica para a subcontratação*, não se tendo pronunciado, em concreto, quanto à sua concretização. Mesmo nesta hipótese, afigura-se de aplicar o artigo 800.º CC: ou seja, a prévia aceitação do credor não exonera o devedor de responder pelas pessoas que introduz no cumprimento, a menos que haja novação subjetiva, por substituição do devedor<sup>2989</sup>.

XIX. A propósito deste problema, iremos de seguida analisar a decisão do STJ, no seu Acórdão de 12.06.2003<sup>2990</sup>.

O caso era o seguinte: a sociedade A encontrava-se a construir uma habitação, para o que, por vezes, contratava a sociedade B, à qual comprava betão preparado, incluindo o transporte, descarga e bombagem. Numa dessas vezes, a sociedade B subcontratou a sociedade C, para proceder ao transporte, entrega e descarga do betão<sup>2991</sup>. Por seu turno, a sociedade C, que, na altura, não

---

<sup>2988</sup> No Direito espanhol, cf. RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, ob. cit., pp. 309 e 310, sublinhando que esta é uma decisão que o devedor toma por sua conta e risco.

<sup>2989</sup> No mesmo sentido, RAMON LOPEZ VILAS, *El Subcontrato*, ob. cit., pp. 310 e 311.

<sup>2990</sup> Processo n.º 03B1813, Relator Salvador da Costa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2991</sup> O contrato de transporte é qualificado como contrato de prestação de serviço (artigo 1154.º do CC), encontrando-se regulado nos artigos 366.º a 393.º CCom (quando comercial). Sobre este regime, cf. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos de transporte terrestre: formação e conclusão*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, II/III, Lisboa, Abr.-Set. 2013, pp. 619 e seguintes. No entanto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito dos Transportes*, ob. cit., p. 23, assinala que, não obstante o transporte não se encontrar hoje em dia regulado no CC, este contrato é referido em vários preceitos: artigos 46.º/3, 755.º/1/a), 755.º/2, 797.º e 2214.º a 2219.º. Acresce também, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução*, ob. cit., pp. 435 e seguintes. O regime aplicável varia consoante o tipo de transporte e ainda a circunstância de se tratar de transporte interno ou internacional. Sem pretender ser exaustivo, refiram-se os principais instrumentos normativos: a) para o transporte rodoviário nacional de mercadorias, o DL n.º 239/2003, de 4 de outubro; b) para a atividade de transporte rodoviário de mercadorias, o DL n.º 257/2007, de 16 de julho; c) Para o transporte ferroviário de passageiros, o DL n.º 58/2008, de 26 de março; d) Para o transporte marítimo de mercadorias, o DL n.º 352/86, de 21 de outubro; e) Para o transporte marítimo de passageiros, o DL n.º 349/86, de 17 de outubro; f) Para a responsabilidade do transportador aéreo, o DL n.º 321/89, de 25 de novembro, alterado pelo DL n.º 279/95, de 26 de setembro; g) para o transporte aéreo internacional, o DL n.º 96/81, de 24 de julho. A nível de Direito Internacional, relevam: a) Convenção CMR, relativa ao transporte internacional de mercadorias por estrada de 1956; b) Convenção de Berna de 1890, sobre

dispunha de um caminhão “bomba” para a execução do serviço, contratou a sociedade D para esta lhe disponibilizar o mesmo. Contudo, a sociedade A desconhecia a intervenção tanto da sociedade C, como da D, tendo pago integralmente o serviço à sociedade B. Durante a operação de descarga do betão ocorreu o acidente, que lesionou gravemente um dos sócios da sociedade A.

O acidente deu-se aquando da descarga de betão, sendo demonstrado que esta era processada diretamente da “bomba” acoplada para o efeito a um caminhão deslocado para esse serviço ao local, através de um braço mecânico que termina com uma mangueira de betonagem: estes meios eram operados por dois funcionários, sendo um deles manobrador, o qual, em cima da placa a betonar, controlava com um comando à distância a abertura da bomba, e o outro um auxiliar motorista, que permanecia junto ao caminhão para efetuar as diligências necessárias, tais como fechar as comportas de saída do betão preparado.

Acontece que, durante a descarga e, verificando que esta não estava a decorrer normalmente, os funcionários da sociedade C explicaram que tinham saído tarde de outra obra e que não tinham tido tempo para efetuar a limpeza do circuito interno da bomba e mangueira, tendo os representantes da sociedade A sugerido que fizessem antes o trabalho noutro dia. Contudo, o manobrador da sociedade C insistiu, afirmando que iria tentar resolver o problema, aumentando a pressão na bombagem, o que acabou por provocar o acidente.

---

transporte ferroviário; c) Convenção COTIF, de 1980, relativa ao transporte internacional ferroviário; d) CB 24 ou Convenção de Bruxelas de 1924, para a unificação de certas regras em matéria de conhecimentos de carga; e) Convenção das Nações Unidas de 1978 sobre o transporte de mercadorias por mar; f) Convenção de Varsóvia de 1929, sobre a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional; g) Convenção de Montreal, de 1999, sobre o mesmo te Regulamento CE 4056/86, de 22 de dezembro, sobre a aplicação das regras da concorrência aos transportes marítimos; h) Regulamento CE/2407/92, de 9 de outubro, sobre licenças de transportadores aéreos; i) Regulamento CE 2027/1997, de 9 de outubro de 1997, sobre a unificação de um novo regime de responsabilidade por danos pessoais causados a passageiros no transporte efetuado por transportadora comunitária; j) Regulamento CE 899/2002, de 12 de maio de 2002; k) Regulamentos CE 295/91, de 4 de fevereiro de 1991 e 261/2004, de 11 de fevereiro de 2004; l) Diretiva 91/224/CE, de 27 de março, sobre transporte rodoviário de mercadorias; m) Diretiva 91/440/CE, de 29 de julho, sobre transportes ferroviários.

A Relação condenou a sociedade C a indemnizar os danos sofridos pelo Autor, mas, tanto este como a aquela pretendiam a responsabilização solidária da sociedade B, ao abrigo do artigo 500.º CC. Todavia, o STJ não acolheu esta tese, considerando inexistir qualquer relação de comissão entre a sociedade B e a sociedade C, atendendo à absoluta ausência de uma relação de dependência. Pelo contrário, entre estas haveria somente um contrato de prestação de serviços, posição com que concordamos.

Todavia, afirmou igualmente que *“também não se mostra provado que a BB tenha utilizado a CC Limitada para a descarga e bombagem do betão como se tal acto fosse praticado por si e, assim, responsável nos termos do nº 1 do artigo 800º do Código Civil”*, argumentando que tal não se verificava porque *“o que está em causa neste normativo é a responsabilidade contratual, ou seja, a responsabilidade derivada do contrato feito entre as sociedades FF e BB e não a responsabilidade extracontratual, ou seja, a violação de um direito de um terceiro, o autor”*. Adicionalmente, referiu que tal não sucedia porque *“a CC Limitada actuou em função de um contrato de prestação de serviços, na medida em que não actuou sob a autoridade e direcção da BB (...). Ora sendo assim, não era possível conceber-se a aplicação do citado nº 1 do artigo 800º, que supõe aquela autoridade e direcção. Também não é caso para responsabilizar a BB com base num contrato de subempreitada que se tivesse de considerar como existente entre ela e a CC Limitada.”*.

XX. Pela nossa parte, salvo o devido respeito, discordamos frontalmente de todos os argumentos invocados pelo Tribunal. Com efeito:

- a) Em primeiro lugar, parece-nos que integra o conteúdo contratual que a descarga do betão fosse efetuada com segurança para os que se encontravam na obra por conta do credor, ou seja, a sociedade A, sendo que o Autor, ou seja, o lesado, era sócio da sociedade credora e desempenhava a sua atividade na obra em questão;

- b) Em segundo lugar, é pacífico na doutrina que, contrariamente ao artigo 500.º CC, o artigo 800.º não requer a existência de uma relação de subordinação entre o devedor e o auxiliar<sup>2992</sup>;
- c) Acresce que havia, de fato, um subcontrato celebrado entre B e C, uma vez que aquela incumbiu esta última de realizar o serviço que fora contratualmente assumido perante o credor;
- d) O aumento da pressão da bombagem foi, claramente, um ato praticado *no cumprimento da obrigação*, ainda que, eventualmente, contra as instruções do seu empregador.

Assim, tendo ficado demonstrado que “o acidente se ficou a dever única e exclusivamente à conduta culposa do manobrador do camião bomba”, que trabalhava para a subcontratada C, afigura-se-nos que respondiam contratualmente por estes danos quer a própria sociedade C, quer a sociedade B, que a subcontratou. Contrariamente ao que decidiu o STJ, que aplicou o artigo 500.º CC, considerando C como comitente e o manobrador como comissário. Como se verá melhor no capítulo seguinte, neste caso o dever de segurança da operação incluía, necessariamente, a saúde e integridade física das pessoas nela envolvidas.

XXI. Por sua vez, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.02.2014<sup>2993</sup>, foi analisada a responsabilidade do transportador<sup>2994</sup> pelo

---

<sup>2992</sup> Neste sentido, p.ex., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 103, nota 3; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 243.

<sup>2993</sup> Processo n.º 1325/10.2TBPMS.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2994</sup> Atualmente, em Portugal, a matéria do transporte terrestre interno encontra-se disciplinada no Decreto-Lei n.º 239/2003, de 4 de outubro. Este diploma harmoniza o regime jurídico do transporte interno com o transporte internacional e procedeu à revogação dos artigos 366.º a 393.º do CCom. De acordo com o artigo 1.º do DL n.º 239/2003, o diploma é aplicável ao *contrato de transporte rodoviário nacional de mercadorias*, entendendo-se como tal aquele que é celebrado entre transportador e expedidor, obrigando-se o primeiro a deslocar mercadorias, por meio de veículos rodoviários, entre locais situados no território nacional e a entregá-las ao destinatário. De assinalar que o n.º 4 do artigo 2.º do DL n.º 239/2003 exclui do âmbito de aplicação os contratos de transporte de envios postais a efetuar no âmbito dos serviços postais e os transportes de mercadorias sem valor comercial. A obrigação de transporte é fungível, pelo que o artigo 10.º do DL n.º 239/2003 estabelece que “Sempre que o transportador cumpra o contrato de transporte por meio de terceiros mantém para com o expedidor a sua originária qualidade e assume para com o terceiro a qualidade de expedidor”. No que concerne ao regime da responsabilidade, o artigo

incumprimento do contrato de transporte<sup>2995</sup>, imputável ao subcontratante<sup>2996</sup>.

De acordo com o Tribunal, o transportador responde sempre pelo

---

17.º do DL n.º 239/2003 determina: “O transportador é responsável pela perda total ou parcial das mercadorias ou pela avaria que se produzir entre o momento do carregamento e o da entrega, assim como pela demora na entrega”. Adicionalmente, o n.º 2 deste preceito acrescenta: “O transportador responde, como se fossem cometidos por ele próprio, pelos atos e omissões dos seus empregados, agentes, representantes ou outras pessoas a quem recorra para a execução do contrato”. Portanto, vigora uma presunção de responsabilidade do transportador, de acordo com os artigos 17.º e 18.º, quer da CMR, quer do diploma interno. O transportador apenas pode excluir a sua responsabilidade nos casos previstos no artigo 18.º do DL n.º 239/2003, ou seja, se a perda, avaria ou demora se dever a: a) vício próprio da mercadoria; b) culpa do expedidor ou do destinatário; c) caso fortuito ou de força maior; d) falta ou defeito da embalagem relativamente às mercadorias que, pela sua natureza, estão sujeitas a perdas ou avarias quando não estão devidamente embaladas; e) manutenção, carga, arrumação ou descarga da mercadoria pelo expedidor ou pelo destinatário ou por pessoas que atuem por conta destes; f) insuficiência ou imperfeição das marcas ou dos símbolos dos volumes. Contudo, o transportador não pode invocar defeitos do veículo que utiliza no transporte para excluir a sua responsabilidade (cfr. artigo 18.º, n.º 3, do DL n.º 239/2003). Por isso, embora estejamos diante de uma presunção, esta é uma presunção de responsabilidade, e não de culpa: porque, se fosse de culpa, o transportador poder-se-ia exonerar se provasse ter atuado sem culpa, o que não se verifica. Sobre o tema, cf. ADRIANO MARTELETO GODINHO, *A responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias*, em *Temas de Direito dos Transportes I*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 86-171.

<sup>2995</sup> Sobre o tema: MÁRIO RAPOSO, *Transporte marítimo de mercadorias. Os problemas*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 41 e seguintes; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos de transporte terrestre: formação e conclusão*, ob. cit., pp. 651 e seguintes; FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação de responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 249 e seguintes; JOÃO RICARDO BRANCO, *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*, em *Temas de Direito dos Transportes I*, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 293 e seguintes. Noutros ordenamentos jurídicos: MARCO LOPEZ DE GONZALO, *Operatività e limite delle regole di Diritto uniforme relative al trasporto marittimo*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 79 e seguintes; IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, *El régimen jurídico del transporte marítimo de mercancías en España. Líneas generales*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 93 e seguintes; ELIANE M. OCTAVIANO MARTINS, *O contrato marítimo internacional de transporte de mercadorias no Direito brasileiro*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 321 e seguintes; GIUSEPPE CORTESANI, *La responsabilità nel Diritto Aereo*, Torino, Fratelli Bacca, Editori, 1929, pp. 13 e seguintes; WANDA D’ALESSIO, *Diritto dei Trasporti*, Milão, Giuffrè Editore, 2003, pp. 196 e seguintes; NUNO CALAIM LOURENÇO, *A limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional no transporte de pessoas – de Varsóvia a Montreal*, em *Temas de Direito dos Transportes I*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 418 e seguintes. Sobre o transporte no Direito Europeu, cf. MALGORZATA NESTEROWICZ, *Unión Europea y transporte marítimo de mercaderías*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 349 e seguintes.

<sup>2996</sup> Por sua vez, o transporte marítimo de mercadorias encontra-se especialmente regulado em Portugal através do DL n.º 352/86, de 21 de outubro. Por sua vez, o transporte marítimo de passageiros está regulado no DL n.º 349/86, de 17 de outubro, no qual se sublinha o art. 14.º,

incumprimento do contrato, decorrente da perda total ou parcial das coisas transportadas, respondendo ainda “pela actuação dos seus agentes, auxiliares ou «outras pessoas a quem recorra para a execução do contrato», como o subtransportador”.

O caso era o seguinte: a autora solicitou a uma empresa o transporte de determinada mercadoria (devoluções de jornais e revistas), sendo que esta subcontratou uma outra empresa para realizar este mesmo transporte. No

---

nos termos do qual “o transportador responde pelos danos que o passageiro sofra no navio, durante a viagem, e ainda pelos que ocorram desde o início das operações de embarque, quer nos portos de origem, quer nos portos de escala”. Acrescenta o n.º 2 do artigo que “incumbe ao lesado provar que o transportador não observou qualquer das obrigações prescritas no artigo anterior, ou que o facto danoso resultou de culpa do transportador ou dos seus auxiliares.”. Porém, o art. 15.º estabelece que “o transportador responde pelos danos que o passageiro sofra em consequência de naufrágio, abalroação, explosão ou incêndio do navio”, sendo que neste caso incumbe ao transportador provar que tais eventos não resultaram de culpa sua ou dos seus auxiliares. A nível internacional, destaca-se a CB 1924, relativa à unificação das regras em matéria de conhecimentos de carga, cujo art. 4.º exonera o transportador e o navio em caso de culpa náutica. Contudo, é necessário que tenha sido observada a *diligência razoável* prevista no ar. 3.º, n.º 1, antes e no início da viagem. Sobre o tema, importa também referir as Regras de Roterdão, que resultam de uma Convenção aprovada em 23 de setembro de 2009, por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelecendo o regime do transporte internacional de mercadorias por mar. A Convenção é aplicável: a) ao transporte *port-to-port*; b) ou, tratando-se de transporte *door-to-door*, desde que este inclua uma fase marítima. Este regime entra em vigor nos termos previstos pelo seu artigo 94.º/1: no 1.º dia útil do mês seguinte ao fim do prazo de um ano, a contar da data em que seja depositado o 20.º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. As regras aplicam-se desde que: a) seja celebrado um contrato de transporte marítimo em que o lugar da receção e o lugar da entrega da mercadoria se situam em Estados diferentes; b) um destes lugares seja situado num Estado contratante: lugar de receção, porto de carga, lugar de entrega ou lugar de descarga. Sobre este assunto, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Introdução às Regras de Roterdão – A Convenção “Marítima-Plus” sobre Transporte Internacional de Mercadorias*, ob. cit., p. 8. A responsabilidade do transportador consta dos artigos 17.º a 23.º, sendo que o transportador responde, mesmo que o incumprimento seja imputável a atos ou omissões da parte executante. No entanto, o reclamante tem de provar a perda, dano ou atraso da mercadoria e que tal ocorreu durante o período de responsabilidade do transportador demandado: nesse caso, o transportador presume-se responsável, a menos que demonstre: a) que a causa ou uma das causas da perda, dano ou atraso não é devida a culpa sua, nem a de qualquer das pessoas referidas no art. 18.º; b) que se verificou um dos *excepted perils* elencados no art. 17.º/3 da Convenção. Verificando-se esta exoneração pelo transportador, pode ainda o lesado / reclamante demonstrar que: a) a causa da exoneração foi provocada por culpa do transportador ou de alguma pessoa referida no art. 18.º, ou que a culpa dessa pessoa contribuiu para tal facto ou circunstância; b) ou que, de acordo com o art. 17.º/5, o dano ocorreu devido a ao estado de inavaliabilidade do navio, a deficiência no armamento, aprovisionamento ou equipagem do navio ou ao facto de os porões ou outras partes do navio, ou contentor facultado pelo transportador, onde foram transportadas as mercadorias não estarem em condições adequadas para a respetiva receção, transporte e conservação. Neste caso, o transportador pode ainda exonerar-se, se provar que: a) nenhum destes factos causou o dano, perda ou atraso; b) cumpriu a sua obrigação de atuar com a devida diligência, pelo art. 14.º. O reclamante pode ainda demonstrar que um facto ou circunstância não referidos no art. 17.º/3 contribuíram para a perda, dano ou atraso e aí cabe ao transportador demonstrar que o mesmo não é devido a culpa sua, nem a qualquer das pessoas referidas no art. 18.º.

decurso da viagem, o semi-reboque onde a mercadoria se encontrava incendiou-se, causando a sua perda. Não houve culpa no acidente.

Tratando-se de transporte rodoviário de mercadorias, o Tribunal aplicou o regime constante do DL n.º 239/2003, de 4 de outubro, concluindo que a obrigação do transportador incluía as chamadas *operações de manuseamento da carga*, ou seja, o carregamento, descarregamento, armazenamento e guarda da mercadoria.

O artigo 17.º deste diploma considera haver incumprimento sempre que ocorra a *perda total ou parcial das coisas transportadas*, sendo que o transportador responde pela atuação dos seus agentes, auxiliares ou outras pessoas a que recorra para a execução do contrato<sup>2997</sup>. Na aceção do Tribunal, este regime encontra-se em consonância com o artigo 800.º/1 do CC, que estabelece a responsabilidade objetiva do devedor pelos atos das pessoas que utilize no cumprimento da obrigação, *“uma vez que o risco resultante da actuação dos auxiliares do cumprimento é atribuído ao próprio devedor”*.

XXII. No caso decidido pelo Tribunal da Relação do Porto de 28.03.2012<sup>2998</sup> discutiu-se a seguinte situação: uma empresa adquiriu a outra duas máquinas, que teriam de ser importadas da Turquia. A empresa vendedora contratou a aquisição ao importador da mercadoria, com representação em Portugal (e que também teve contato direto com o comprador, prestando informações acerca das especificações da máquina). A importadora encomendou a mercadoria a uma empresa turca, que, por sua vez, contratou o transporte, sendo que as máquinas ficaram danificadas durante o transporte para Portugal. Isto porque foram transportadas num contentor *open-top*, por a sua altura exceder a altura de um contentor normal, devendo por isso este contentor ser arrumado sobre os outros, o que não aconteceu, pois foi

---

<sup>2997</sup> Verifica-se incumprimento do contrato de transporte sempre que haja uma das seguintes situações: perda total ou parcial da coisa transportada, avaria da coisa transportada, atraso ou dano na pessoa transportada. Assim, cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 754.

<sup>2998</sup> Processo n.º 10737/08.0TBVNG.P1, Relatora Anabela Dias da Silva, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

carregado um outro contentor por cima dele. De referir ainda que a empresa importadora, embora não tendo celebrado o contrato com o comprador, emitiu o certificado de garantia da máquina.

O Tribunal da Relação do Porto revogou a decisão de primeira instância, que julgara a ação improcedente, por considerar que se verificara o incumprimento (cumprimento defeituoso) da obrigação de entrega do vendedor. Com efeito, a coisa fora entregue com defeito, sendo que se presume a culpa do vendedor nos termos do artigo 799.º do CC, o qual apenas pode elidir esta presunção se invocar caso de força maior, atitude negligente da contraparte ou fato de terceiro. Contudo, salientou que não se inclui no fato de terceiro o caso previsto no artigo 800.º/1 do CC, pelo qual o vendedor responde, considerando-se aqui a transportadora como auxiliar do vendedor, uma vez que foi *coadjuvante no cumprimento das suas obrigações*.

Temos algumas dúvidas acerca desta conclusão. Para que o terceiro seja auxiliar, é preciso que seja introduzido no cumprimento pelo devedor, de forma voluntária. Será que é suficiente que o devedor contrate o importador, que por sua vez contrata o vendedor, o qual contrata o transportador?... Ou, por outro lado, será que se pode dizer que o transporte da máquina para Portugal por aqueles terceiros correspondesse ao *cumprimento de uma obrigação* do vendedor? Neste sentido, dir-se-ia que o problema seria antes de venda de coisa defeituosa, mas não de aplicação do art. 800.º/1 do CC.

O Tribunal acrescentou ainda que, para aplicar o artigo 800.º do CC, “*torna-se necessário que sobre o terceiro também recaia a obrigação de indemnizar pelos mesmos danos, com base na culpa, no risco ou em intervenções danosas*”... Ou seja, o Tribunal aplicou ao artigo 800.º um dos requisitos do artigo 500.º: isto é, que sobre o comissário recaia, também, a obrigação de indemnizar... Quando um dos pressupostos do artigo 800.º é, precisamente, a circunstância de o credor não poder demandar o auxiliar pelos danos sofridos, sendo a responsabilidade deste apenas eventual.

Concluindo, o Tribunal considerou que o vendedor cumpriu defeituosamente o contrato de compra e venda, ao entregar uma máquina



defeituosa, sendo o dano diretamente imputável à empresa que efetuou o transporte, a qual não responde, todavia, perante o adquirente da mercadoria. Assim, perante o comprador respondem, segundo o tribunal:

- a) O vendedor, por não ter elidido a presunção de culpa do artigo 799.º do CC, respondendo “***com culpa*** nos termos do n.º 1 do art.º 800.º do C. Civil, pois que encarregou a importadora de a coadjuvar no cumprimento da obrigação que havia assumido perante a autora / apelante de entrega da máquina vendida nas instalações desta” (destaque nosso);
- b) O importador, nessa qualidade, devido à emissão do certificado de garantia da máquina.

XXIII. Pensamos que a decisão, embora correta, assentou numa fundamentação criticável. Com efeito:

- a) O vendedor responde pelo artigo 800.º/1 do CC mas, nesse caso, não responde com culpa;
- b) Não foi o vendedor quem introduziu o auxiliar no cumprimento... Quanto muito, poder-se-á dizer que o vendedor introduziu o importador, tendo este introduzido uma outra empresa que, por sua vez, introduziu o auxiliar;
- c) O certificado de garantia abrange a responsabilidade pelos defeitos da máquina, mas é duvidoso se inclui os danos causados durante o transporte.

Uma outra possibilidade seria responsabilizar o vendedor ao abrigo do regime da venda de coisa defeituosa, ao abrigo dos artigos 913.º e seguintes.

XXIV. No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.10.2011<sup>2999</sup>, foi igualmente apreciada a responsabilidade do transportador em caso de subcontrato, num caso de transporte internacional de mercadorias por estrada. O caso era o seguinte: a vendedora contratou uma empresa transitária (1.ª ré) para tratar do transporte da mercadoria entre Portugal e o Reino Unido, a qual

---

<sup>2999</sup> Processo n.º 2015/07.9TBMTS.P1, Relator Filipe Caroco, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

por sua vez contratou a 2.<sup>a</sup> Ré para esta proceder ao transporte. Durante o trajeto, quando o motorista se encontrava a dormir no camião, o semi-reboque onde eram transportadas as mercadorias foi assaltado, a lona que o cobria foi rasgada e dele retiradas as mercadorias. O camião estava num parque de repouso, numa estrada nacional, onde se encontravam outros camiões, que igualmente foram assaltados<sup>3000</sup>.

O Tribunal considerou aplicável a Convenção CMR, por estar em causa um *contrato de transporte internacional*, ou seja, de mercadorias entre Portugal e o Reino Unido, sendo feito por estrada e mediante o pagamento de um preço, no qual a transportadora assumiu uma obrigação de resultado<sup>3001</sup>.

---

<sup>3000</sup> Sobre a Convenção de Viena de 1980 relativa à compra e venda internacional de mercadorias, veja-se ainda PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A irrelevância da culpa na Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias*, Lisboa, 1996, pp. 30 e seguintes. Com interesse, veja-se o ponto 2 do art. 79.º desta Convenção, nos termos do qual: “Se o não cumprimento de uma parte se ficou a dever ao não cumprimento de terceiro que ela encarregou de executar o contrato total ou parcialmente, aquela parte só fica exonerada da sua responsabilidade: (a) se estiver exonerada em virtude do disposto no parágrafo anterior; e (b) se o terceiro estivesse também ele exonerado, caso as disposições daquele parágrafo lhe fossem aplicadas.”. Como salienta Pedro Múrias, a p. 31, esta norma “reduz o papel, já de si pequeno, que cabe à culpa.”, considerando que se trata aqui do mesmo princípio contemplado no art. 800.º/1 do CC. O Autor assinala ainda, a p. 50, que “o devedor indemniza quando o incumprimento se deva aos seus empregados, às suas máquinas, a uma doença sua, à sua escolha das mercadorias. (...) A menção do «controlo» destina-se a precisar aquilo que pertence ao devedor.”. Dentro da esfera de controlo estão, naturalmente, os seus trabalhadores (cf. p. 51), bem como os subcontrantes (p. 52), porquanto o devedor os introduz no plano contratual, pelo que este Autor considera que tanto uns como outros recebem o mesmo tratamento. Cf. ainda DÁRIO MOURA VICENTE, *A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação*, em AAVV, *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 271 e seguintes.

<sup>3001</sup> O artigo 1.º, n.º 1, da CMR determina o seu âmbito de aplicação, nos seguintes termos: a) contrato de transporte de mercadorias por estrada, sendo que pode ser efetuado por qualquer veículo (cf. artigo 1.º, n.º 2, que refere p.ex. os automóveis, veículos articulados, reboques e semi-reboques); b) a título oneroso; c) o lugar de carregamento e o lugar da entrega correspondem a dois países diferentes, sendo pelo menos um deles parte contratante; d) não releva: o domicílio das partes nem a nacionalidade das partes. Contudo, tal como estabelecido no n.º 4 do artigo 1.º, a CMR não se aplica a: a) transportes efetuados ao abrigo de convenções postais internacionais; b) transportes funerários; c) transportes de mobiliário por mudança de domicílio. A CMR aplica-se ainda ao transporte multimodal, que consiste num modelo de transporte que se desenvolveu após a II Guerra Mundial. Sobre o tema, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). *O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 367-405. Sobre as cláusulas de força maior, no âmbito dos contratos comerciais internacionais, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito comercial internacional. O Direito privado da globalização económica. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito comercial internacional*, ob. cit., pp. 44 e seguintes. A CMR prevê o transporte sucessivo ou cumulativo: o artigo 34.º determina que, sendo celebrado um único contrato de transporte com transportadores rodoviários sucessivos, cada um deles responde pela respetiva execução da sua parte e, bem assim, pela responsabilidade total do transporte: ao

O artigo 17.º, n.º 1, da Convenção CMR determina que o transportador tem a obrigação de guarda e segurança da mercadoria durante o transporte, devendo mantê-la incólume desde a entrega pelo expedidor até ao destino, sendo responsável se, durante o trajeto, algo suceder à mercadoria. Trata-se de uma *presunção de culpa*, que impende sobre a transportadora, e que apenas pode ser elidida nos seguintes casos:

- a) Culpa do lesado;
- b) Vício próprio da mercadoria;
- c) Circunstâncias que o transportador não podia evitar e a cujas consequências não podia obviar.

Portanto, estava em causa saber se a transportadora tomara as medidas que eram exigíveis ao homem médio para prevenir o assalto, questão que obteve resposta negativa, porquanto:

- a) O transporte em causa importa um longo trajeto, o que supõe o risco de assalto, principalmente por ser indispensável ao motorista observar um determinado período de descanso;
- b) Assim, a vigilância e a guarda da mercadoria devem ser especialmente acauteladas, não sendo suficiente que o camião se encontre em parques próprios;
- c) Para evitar os furtos, são precisos cuidados especiais, que podem ser variados: ou o repouso em parques vigiados ou a existência de duas pessoas na cabina, ficando uma responsável pela vigia enquanto a outra dorme, ou ainda uma cobertura mais resistente do que uma lona, facilmente retirável, bem como a colocação de alarmes no veículo

---

aceitar a mercadoria e a declaração de expedição, os transportadores subsequentes tornam-se partes no contrato de transporte, situação que difere, por essa razão, do artigo 800.º/1 CC. Como salienta MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”*, ob. cit., p. 383, esta situação não se confunde com o subtransporte. De referir ainda que no transporte multimodal, há tantos contratos de transporte quantos os transportadores. Para o nosso tema, assume particular importância o artigo 3.º da CMR, nos termos do qual: “Para a aplicação da presente Convenção, o transportador responde, como se fossem cometidos por ele próprios, pelos actos e omissões dos seus agentes e de todas as outras pessoas a cujos serviços recorre para a execução do transporte, quando esses agentes ou essas pessoas actuam no exercício das suas funções.”.

Por isso, concluiu-se que o furto da mercadoria não constituía um caso fortuito, uma vez que podia ter sido evitado.

Destarte, pelos danos responde o devedor – que era a 1.<sup>a</sup> ré, transitária – na medida em que esta, para o cumprimento da sua obrigação perante o vendedor, contratara o transporte à 2.<sup>a</sup> ré. De acordo com a factualidade dada como provada, a 1.<sup>a</sup> ré, embora fosse transitária, fora contratada não apenas para contratar a transportadora, mas antes se obrigara a *entregar a mercadoria no destino*.

Ora, é sabido que as empresas transitárias podem atuar como meros intermediários, contratando o transporte a terceiro, como podem igualmente obrigar-se elas próprias à execução do transporte, caso em que se assumem como devedores da obrigação de entrega da mercadoria<sup>3002</sup>. Assim, a 1.<sup>a</sup> ré, transitária, responde perante a contraparte (vendedora da mercadoria) como transportadora, nos termos da CMR, respondendo pela atuação da 2.<sup>a</sup> ré, já que se socorreu desta para o cumprimento da sua obrigação.

XXV. No caso decidido pelo STJ em 11 de março de 1999<sup>3003</sup>, foi apreciada a seguinte situação: a autora celebrara com uma empresa transitária um contrato de transporte de máquinas, desde a fábrica situada em Portugal até Hannover, com vista à exposição de tais máquinas numa feira nesta cidade, bem como o seu transporte de regresso a Portugal. Por sua vez, a empresa transitária contratou uma outra empresa para proceder ao transporte. Ficou demonstrado que:

- a) O carregamento da mercadoria em Portugal foi realizado sob as ordens do motorista da empresa contratada pelo transitário, decididas em função das características do veículo, tendo as operações sido realizadas por empregados da própria Autora;

---

<sup>3002</sup> Sobre o tema: FRANCISCO COSTEIRA DAROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias. Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, ob. cit., pp. 70 e seguintes; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, ob. cit., pp. 731 e 732; JOÃO VALBOM BAPTISTA, *O contrato de expedição*, ob. cit., pp. 130 e seguintes; ANA MARÍA TOBÍO RIVAS, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, ob. cit., pp. 155 e seguintes.

<sup>3003</sup> Processo n.º 98A797, Relator Machado Soares, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

- b) Para a viagem de regresso, a Autora exigiu à empresa transitária que a mercadoria fosse trazida exatamente pelo mesmo motorista, devido ao facto de a viagem de ida ter corrido sem problemas;
- c) A autora desconhecia a contratação da segunda empresa por parte da transitária;
- d) Na viagem de regresso, a mercadoria foi estivada por pessoal de uma outra empresa, à qual a transportadora recorreu, ainda que sob as orientações do motorista desta;
- e) Este pessoal não colocou os calços de madeira a travar a mercadoria (o que tinha sido feito na viagem de ida);

Na viagem de regresso, o veículo transportador sofreu um acidente, no âmbito do qual a carga tombou e ficou danificada.

De acordo com o STJ, entre autora e ré – empresa transitária – foi celebrado um contrato de transporte, tendo por sido esta empresa atuado na qualidade de transportadora. A esta qualificação, segundo o Tribunal, não obstaría o facto de ter sido contratada outra empresa para realizar o transporte propriamente dito, porquanto, nos termos do artigo 367.º CCom, o transportador pode efetuar o transporte diretamente ou através de empresa, companhia ou pessoas diversas.

Todavia, de acordo com o Tribunal, a empresa contratada pela transitária não era uma subcontratada desta, mas somente uma sua *auxiliar*, qualificação em relação à qual temos algumas dúvidas. Com efeito, afirmou o Tribunal que, *“na falta de uma justificação negocial para a intervenção da 1ª Ré, mormente a nível de subcontrato, a sua actividade perfila-se-nos como traduzindo um mero auxílio por ela prestado à B”*, uma vez que se teria limitado a coadjuvar aquela empresa no cumprimento da obrigação. Assim, o STJ aplicou o artigo 3.º da CMR e o artigo 800.º, n.º 1, do CC, considerando que a autora apenas poderia responsabilizar a contraparte no contrato de transporte, isto é, a empresa transitária, e não a empresa por esta contratada.

XXVI. O Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 18.04.1996<sup>3004</sup>, decidiu que o transportador era responsável pela atuação dos seus agentes e subtransportadores, nos termos dos artigos 367.º e 377.º CCom.

O caso envolvia o transporte aéreo internacional e as instruções do cliente eram no sentido de se fazer a entrega da mercadoria contra o recebimento do cheque por parte do destinatário, o que não aconteceu. O Tribunal considerou irrelevante que a entrega tivesse sido efetuada pelo próprio devedor, ou por um seu agente ou subcontratado, já que haveria sempre cumprimento defeituoso do contrato de transporte, ao qual tinha sido aposto a cláusula COD, isto é, pagamento contra entrega.

---

<sup>3004</sup> Disponível em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXI, Tomo II, 1996, pp. 220-225.

## Desnecessidade de uma relação de dependência

I. Não releva, para a qualificação como auxiliar, saber se existe ou não dependência deste em relação ao devedor<sup>3005 3006</sup>, se o auxiliar tem poderes para representar o devedor<sup>3007</sup>, nem se se encontra ou não obrigado a atuar, se a colaboração é efetuada ocasionalmente ou a título duradouro<sup>3008</sup>, ou tão-pouco se é remunerada ou não<sup>3009</sup>.

É irrelevante, para efeitos de qualificação como auxiliar, que o devedor possa exercer controlo ou efetivamente o faça, em relação à atuação do auxiliar. Até porque, frequentemente, este controlo nem sequer será possível, pois o devedor poderá não ter os conhecimentos específicos inerentes à atividade exercida pelo auxiliar<sup>3010</sup>.

Também não releva saber se o devedor tem, por si só, a possibilidade de realizar a prestação de que incumbe o auxiliar.

Não releva ainda aferir se o terceiro tem ou não consciência e/ou vontade de atuar como auxiliar.

---

<sup>3005</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 135, ainda que considere que, muitas vezes, se trata de dependentes, que atuam sob a supervisão e controlo do devedor. Na p. 139, dá-nos conta de que, por vezes, são considerados auxiliares os terceiros dependentes do devedor, enquanto aqueles que atuassem com autonomia seriam substitutos, orientação que não subscreve. Cf. também: PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 269; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 243.

<sup>3006</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 447.

<sup>3007</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 149, salientando, contudo, que as duas categorias – auxiliar e representante – não são incompatíveis.

<sup>3008</sup> Do mesmo modo também no art. 500.º, como salienta SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., p. 107.

<sup>3009</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 269; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 243.

<sup>3010</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 138, dando como exemplo o titular da clínica, que não pode controlar a atividade do médico seu contratado do ponto de vista técnico.

II. Os auxiliares, para efeitos do artigo 800.º/1, podem ser ou não comissários na aceção do artigo 500.<sup>3011</sup>. A principal diferença é que, não o sendo, estar-se-á diante dos chamados *auxiliares independentes*<sup>3012</sup>, que podem limitar-se a colaborar com o devedor ou ter sido contratados por este para uma prestação de serviço, podendo até tratar-se de trabalhadores por conta de outrem com estatuto de autonomia, como é o caso dos agentes, subcontratados por outrem, etc<sup>3013</sup>.

III. Diversa solução se encontra nos PDERP – Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil.

Uma das tendências atuais consiste precisamente na europeização do Direito civil<sup>3014</sup>, que, paulatinamente, tem vindo a conquistar campo neste domínio<sup>3015</sup>.

Esta evolução mostra-se evidente em certas áreas especiais, tais como a proteção dos consumidores (manifestada em variados normativos, com destaque para: a) Diretiva 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros relativas ao crédito ao consumo; b) Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1999, relativa às cláusulas

---

<sup>3011</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 251; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 347 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 269; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 243.

<sup>3012</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 273 e 274.

<sup>3013</sup> Seguimos neste ponto JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 251.

<sup>3014</sup> A tendência nota-se ainda noutros domínios, de que é exemplo o laboral. Sobre esta questão, cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito Social da União Europeia Relatório*, Coimbra, Almedina, 2009, em especial as pp. 29 e seguintes; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdão – a caminho de um Direito do Trabalho Europeu?*, em *Questões Laborais*, N.º 16, Ano VII, 2000, pp. 161-175. O Autor salienta, a p. 165, o disposto no artigo 117.º do Tratado de Roma, que aponta como objetivo da Comunidade Europeia a “igualização no progresso”.

<sup>3015</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 357 e seguintes.



abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; c) Diretiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, que regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços; d) Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; e) Diretiva 2008/122/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de janeiro de 2009, sobre a proteção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca; f) Diretiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos).

Contudo, estes princípios circunscrevem-se ao domínio delitual (*tort law*), pelo que não contendem com a solução plasmada no art. 800.º/1 do CC.

Salienta-se, no entanto, algumas das soluções neles plasmadas<sup>3016</sup>:

- a) Artigo 5:101: referente à responsabilidade pelo risco, determina no seu ponto (1) que *“aquele que exercer uma atividade anormalmente perigosa é responsável, independentemente de culpa, pelos danos resultantes do risco típico dessa atividade”*. O ponto (2) acrescenta que se considera *anormalmente perigosa* uma atividade em dois casos: (a) quando cria um risco previsível e bastante significativo do dano, ainda que seja observado o cuidado devido; (b) não é objeto de uso comum;

---

<sup>3016</sup> Texto disponível em <http://civil.udg.edu/php//index.php?id=129>. Acerca da responsabilidade delitual e sua aplicação ao empregador, FERRÁN CAMAS RODA, *La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo*, em *La Responsabilidad Civil por daños en las relaciones laborales*. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ediciones Cinca, 2013, pp. 27 e seguintes.

- b) Artigo 6:102(2), a propósito da responsabilidade por fato de outrem (capítulo 6), nos termos do qual uma pessoa é responsável pelos danos causados pelos seus auxiliares no exercício das funções, desde que estes tenham violado o padrão de conduta exigível, sendo que não se considera auxiliar ou colaborador aquele que atue com independência;
- c) Artigo 7:102, que determina que a responsabilidade objetiva pelo ser excluída ou reduzida se a lesão tiver sido causada por uma *“imprevisível e irresistível: (a) força da natureza (força maior) ou (b) fato de terceiro”*. Porém, a exclusão ou redução da responsabilidade depende da ponderação da (i) influência externa e da (ii) extensão da responsabilidade.

I. À semelhança do que se discute no artigo 500.<sup>o</sup><sup>3017</sup>, a propósito da responsabilidade do comitente, debate a doutrina a questão de saber se a responsabilidade do devedor prevista no artigo 800.<sup>o</sup>/1 pressupõe, da parte do devedor, a liberdade de designação e o poder de direção sobre o substituto ou auxiliar<sup>3018</sup>.

No entanto, admite-se a possibilidade de ser o próprio credor a escolher o terceiro que irá auxiliar o devedor. Neste caso, tal pode levar à exclusão do artigo 800.<sup>o</sup> e antes à aplicação do artigo 571.<sup>o</sup>, se esse auxiliar se destinar “*a coadjuvar o credor no acto de cumprimento*”<sup>3019</sup>.

II. Segundo Pessoa Jorge, o devedor responde mesmo que não tenha poder de escolha do terceiro e ainda que sobre ele não tenha qualquer poder de direção, para o que invoca os seguintes argumentos<sup>3020</sup>:

- a) A referência ao representante legal, constante no mesmo artigo, sendo certo que o incapaz não beneficia desse mesmo poder;

---

<sup>3017</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 329 e seguintes, considera, diferentemente da maioria da doutrina, que a existência de uma relação de comissão na aceção do art. 500.<sup>o</sup> CC não requer a liberdade de escolha por parte do comitente (o que, a seu ver, apenas se poderia justificar caso se tratasse de responsabilidade por culpa *in eligendo*), nem ainda a existência de um nexo de subordinação, porquanto a imputação não se fundamenta aqui no risco de autoridade, mantendo-se ainda que o comissário desrespeite as instruções recebidas. Para o Autor, essencial será que os atos praticados pelo comissário o sejam no interesse e por conta do comitente. A favor da exigência de liberdade de escolha mas exigindo apenas a atuação no interesse e por conta do comitente, dispensando a subordinação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 608 e seguintes. Já MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 266 e seguintes, considera que a comissão não se limita à relação de trabalho subordinado, podendo incluir outros contratos, de prestação de serviços, ou mesmo relações familiares ou sociais. Em princípio, haverá comissão no mandato mas não na empreitada.

<sup>3018</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 145.

<sup>3019</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., pp. 251 e 252.

<sup>3020</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 146.

- b) O fato de o preceito não condicionar a responsabilidade do devedor à culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, contrariamente ao que sucede noutros casos;
- c) A fórmula final, que transmite a ideia de que tudo se passa *como se fosse efetivamente o devedor a atuar*, conduzindo à responsabilidade objetiva, pelo risco.

III. É seguro que o devedor não responde pelos atos dos terceiros que intervêm na execução da obrigação por iniciativa exclusiva do credor<sup>3021</sup>, mesmo quando se trate de terceiros que, *habitualmente*, colaboram com o devedor, mas que não são introduzidos na execução da prestação por intervenção deste e antes por exclusiva iniciativa do credor<sup>3022</sup>.

Porém, há que distinguir:

- a) Se o auxiliar é um empregado do devedor e o credor se limita a escolher entre vários, é de aplicar o artigo 800.º, n.º 1<sup>3023</sup>;
- b) Se a intervenção do auxiliar é exigida pelo credor, não sendo este uma das pessoas pertencentes à organização do devedor, não se pode considerar aquele como sendo auxiliar do devedor.

Neste segundo caso, se tiver sido o próprio credor a designar um seu colaborador, não é de aplicar o regime da responsabilidade do devedor<sup>3024</sup>. Isto, sem prejuízo de, ao abrigo do princípio da boa fé, o devedor ter a obrigação de informar o credor, caso se aperceba de alguma irregularidade ou inaptidão do auxiliar do credor<sup>3025</sup>.

---

<sup>3021</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 126.

<sup>3022</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 133.

<sup>3023</sup> Assim também ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 705 e 706, ao afirmar que o simples fato de o credor conhecer e manifestar ao devedor a sua concordância na utilização do auxiliar não afasta a qualificação deste enquanto tal.

<sup>3024</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 469: "il creditore sopporta dunque le conseguenze dannose causate dalle deficienze del personale da lui predisposto".

<sup>3025</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 470.

IV. Pensamos principalmente nos terceiros que o credor escolhe e que não têm qualquer ligação com a organização empresarial do devedor, à qual são estranhos, pelo que não podem ser considerados seus auxiliares.

A situação poderá no entanto ser diversa: supondo por exemplo que, numa clínica de estética, o credor escolhe qual o funcionário que irá realizar uma massagem. Ora, quando o auxiliar for escolhido pelo credor de entre um conjunto de pessoas pré-selecionadas pelo próprio devedor, p.ex., membros de uma mesma equipa<sup>3026</sup> <sup>3027</sup>, mantém-se a responsabilidade do devedor. Assim, *uma mera autorização genérica por parte do credor com vista à utilização do auxiliar não será suficiente para desresponsabilizar o devedor pela atuação deste*<sup>3028</sup>.

Neste caso, em que o credor se limita a escolher um dos auxiliares do devedor, ou se dá o seu acordo à escolha por este efetuada, continua tal sujeito a ser auxiliar do devedor para efeitos do artigo 800.º CC. Aliás, como refere Bianca, a escolha do credor não é, nesta hipótese, mais do que uma escolha que *“opera nei limiti di una scelta già effettuata dal debitore”*<sup>3029</sup>. No mesmo sentido, Ana Prata afirma que *“um consentimento genérico para a intervenção, substitutiva ou auxiliar, de um terceiro na execução da prestação, sendo, aliás, desnecessário, porque redundante com a permissão legal, não comporta o significado da assunção do risco pelo credor dos actos realizados por esse terceiro. Mas, ainda que a autorização diga respeito a determinados auxiliares, ela não pode significar, só por si, a liberação do devedor da responsabilidade em que a actuação desses auxiliares venha a constituí-lo”*<sup>3030</sup>. Já nesta linha, veja-se Maria Victória da Rocha, que afirmava que o consentimento genérico do credor não implicava a assunção de risco dos atos realizados por

---

<sup>3026</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 470.

<sup>3027</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 721, salienta que *“o círculo possível da escolha é o dos auxiliares do devedor”*.

<sup>3028</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 641.

<sup>3029</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., pp. 469 e 470.

<sup>3030</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 707 e 708.

terceiro, até porque este *consentimento genérico* seria redundante face à presunção legal, exceto nas obrigações infungíveis<sup>3031</sup>.

O devedor corre então, ainda assim, o risco do trabalho executado pelo auxiliar, mesmo que o credor haja intervindo na sua escolha, contanto que não exista um contrato autónomo entre o credor e o próprio auxiliar. Eventualmente, havendo uma escolha deficiente do auxiliar, poderá aplicar-se o artigo 570.º do CC (não se tratando, naturalmente, de pessoa pertencente à organização do próprio devedor)<sup>3032</sup>.

Vejam-se os casos citados na jurisprudência alemã, em que a escolha é do credor e ainda assim o devedor responde:

- a) Um piloto foi indicado pelo comprador ao vendedor, devendo o comprador responder pela sua atuação;
- b) O comprador responde pelo seu empregado que auxilia o vendedor na eliminação de defeitos do bem;
- c) O comprador responde pelo seu empregado camionista pela sua atuação quando presta ajuda aos fornecedores na descarga da mercadoria fornecida.

V. Pergunta-se, porém, o que acontece se a escolha couber ao devedor, ainda que com alguma intervenção do credor?

Jordano Fraga considera que, nesta hipótese, é irrelevante a participação do credor<sup>3033</sup>, mas este entendimento afigura-se-nos discutível, ainda que o Autor complete a sua ideia referindo que só é assim “*siempre y cuando éste [o devedor] muestre su conformidad con esa designación*”<sup>3034</sup>.

---

<sup>3031</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 86.

<sup>3032</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 708.

<sup>3033</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 129.

<sup>3034</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 131.

Não obstante, parece que apenas uma análise do caso concreto pode dar a resposta à questão de saber se o terceiro é, ou não, auxiliar do devedor, ou se, diferentemente, a sua intervenção foi exigida pelo próprio credor.

VI. Jordano Fraga vai ainda mais longe na sua tese, considerando que podem ser auxiliares do devedor quaisquer terceiros, mesmo que sejam empregados de outras empresas ou mesmo do próprio credor, dando os seguintes exemplos:

- a) Com o consentimento do vendedor, um empregado do comprador ajuda-o a retocar ou a ultimar a coisa vendida;
- b) O condutor de um subcontratante é utilizado pelo transportador aéreo nas tarefas de transbordo de carga<sup>3035</sup>.

Não acompanhamos esta opinião, uma vez que nos parece que ela contraria o aspeto essencial da intervenção do terceiro, que resulta da sua *introdução, por parte do devedor, no esquema obrigacional*.

Vejam os primeiros exemplos: A vende a B uma estátua de cristal e consente que C, empregado de B, o auxilie na embalagem da estátua. Por descuido de C, a estátua cai e parte-se. Será A responsável? Parece-nos que não se poderia aqui aplicar o artigo 800.º CC, na medida em que a deterioração da coisa é devida a uma causa estranha ao devedor. Será, pelo contrário, um fato que deverá caber na esfera jurídica do credor.

---

<sup>3035</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 133.





I. Em muitos casos, o auxiliar faz parte do devedor, i.e., da sua organização ou estrutura. Contudo, não tem necessariamente de ser assim. O auxiliar pode ser uma pessoa singular ou coletiva, integrada na estrutura do devedor ou alheia a esta. De seguida, veremos alguns dos casos que maiores dúvidas suscitam à doutrina.

II. De um modo geral, são considerados auxiliares tanto os trabalhadores<sup>3036</sup> do devedor, como quaisquer empregados, agentes, vigilantes, aprendizes, etc.

---

<sup>3036</sup> Apesar de um dos principais campos de aplicação do artigo 800.º/1 do CC ser a responsabilidade do empregador pelos danos causados pelos seus trabalhadores, nota-se que, frequentemente, a doutrina laboral não refere este tema. Constitui importante exceção o texto de BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, em RDES, Ano LI, XXIV da 2.ª Série, N.ºs 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010. Sobre o conceito de trabalhador, veja-se, porém: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 125 e seguintes e pp. 517 e seguintes; RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho*, I, Porto, Imprensa Portuguesa, 1944, pp. 52 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 120 e seguintes e pp. 271 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 63 e seguintes e pp. 260 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, em especial as pp. 23 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, Coimbra, Coimbra editora, 2007, pp. 101 e seguintes; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Volume I, ob. cit., pp. 141 e seguintes; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho. Ensaio*, Lisboa, Edições Cosmos, 1995, pp. 19 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2013, pp. 65 e seguintes; MÁRIO PINTO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (Dec.-Lei n.º 49408, de 24-XI-69), Lisboa, LEX, 1994, pp. 22 e seguintes; JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2004, pp. 75 e seguintes e pp. 343 e seguintes. Cf. também: BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 305 e seguintes; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 65 e seguintes; FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 511; PEDRO ROMANO MARTINEZ, em anotação ao artigo 11.º, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 131 e seguintes; ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação Conexa Anotados*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, p. 23. Com interesse, cf. ainda MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 95 e seguintes e, da mesma Autora, *Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho “típica” e o futuro do Direito do Trabalho*, em AAVV, III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 253 e seguintes, onde salienta, a p. 258, que “o que se vem passando, desde a década de setenta e até hoje, é que os pressupostos económicos, o modelo empresarial e o mesmo o perfil típico de trabalhador subordinado, subjacentes à instituição deste regime protectivo, têm vindo a sofrer alterações profundas, que põem em causa o modelo típico de relação laboral até então dominante e que constituirá o paradigma

O conceito é, assim, extremamente amplo<sup>3037</sup>, sendo, no entanto, essencial que a iniciativa de introdução do terceiro no esquema obrigacional provenha do próprio devedor<sup>3038</sup> e que não exista uma relação entre o auxiliar e o credor<sup>3039</sup>.

Incluem-se aqui quaisquer pessoas que sejam utilizadas pelo devedor no cumprimento, quer se integrem, ou não, na sua organização<sup>3040</sup>:

- a) Trabalhadores;
- b) Prestadores de serviços;
- c) Pessoas em situação de dependência económica<sup>3041</sup>.

---

*do regime protectivo*". Na Administração Pública, veja-se PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Contrato de trabalho da Administração Pública e sistema de fontes*, Lisboa, 2010, pp. 36 e seguintes. Em França: ANDRÉ BRUN / HENRI GALLAND, *Droit du Travail*, 2ème edition, Tome 1 – Les rapports individuels de travail, Paris, Sirey, 1978, pp. 287 e seguintes, em especial, sobre a subordinação jurídica, as pp. 338 e seguintes.

<sup>3037</sup> Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 640, definindo o auxiliar como "*terzi della cui opera il debitore si vale nell'adempimento*", abrangendo assim "*tutti coloro che si adoperano nell'esecuzione della prestazione promessa dal debitore, sia che si tratti di collaborazione dipendente, sia che si tratti di collaborazione autonoma ed esterna*".

<sup>3038</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 85.

<sup>3039</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 641.

<sup>3040</sup> Sobre estes conceitos, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 285 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 32 e seguintes; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho (Relatório)*, Lisboa, 2003, pp. 97 e seguintes e pp. 438 e seguintes.

<sup>3041</sup> São equiparados ao trabalhador, através do artigo 10.º do CT. Caracterizam-se pela ausência de subordinação jurídica, que contrasta com a presença de dependência económica. A jurisprudência nacional tende a identificar a dependência económica no sentido meramente económico, ou seja, como dependência do prestador em relação aos rendimentos auferidos do beneficiário da atividade. Diversamente, a doutrina apela a critérios jurídicos, tais como a integração da prestação realizada na produção do beneficiário e a exclusividade. O principal exemplo corresponde ao trabalho no domicílio, regulado atualmente na Lei n.º 101/2009, de 8 de setembro. Sobre os contratos equiparados ao contrato de trabalho, cf.: RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho*, I, ob. cit., pp. 11 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 332 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 85 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, ob. cit., pp. 191 e seguintes; JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 407 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, em anotação ao artigo 10.º, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 125 e seguintes; ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação Conexas Anotados*, ob. cit., p. 23; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 345 e seguintes. Na vigência da lei anterior, cf. ainda MÁRIO PINTO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (Dec.-Lei n.º 49408, de 24-XI-69), ob. cit., pp. 35 e seguintes.

III. O empregador responde pela atuação dos seus trabalhadores, sendo estes, claramente, seus auxiliares de cumprimento<sup>3042</sup>.

Para Bernardo Xavier, o empregador deve, inclusivamente, responder por outros atos, para além daqueles que sejam praticados pelo trabalhador *no exercício das suas funções*. Com efeito, segundo este Autor, a responsabilidade do empregador deveria ser estendida *“a situações que tenham a ver com a presença do trabalhador na empresa ou no mero título de trabalhador da empresa”*, o que, na sua ótica, *“exige uma interpretação mais ousada dos arts. 500.º e 800.º do C. Civ....”*<sup>3043</sup>.

Pela nossa parte, como já referimos anteriormente, parece-nos de diferenciar duas situações diversas:

- a) Trabalhadores do devedor que realizam uma atividade no âmbito de uma obrigação do devedor, em cujo cumprimento o devedor os *introduziu*;
- b) Trabalhadores do devedor que realizam uma tarefa sem que tenham sido, para tal, incumbidos pelo devedor.

Se no primeiro caso se aplica, sem qualquer dúvida, o artigo 800.º/1 CC, o segundo caso, como vimos, suscita dúvidas na doutrina, não faltando aqueles que, como Vaz Serra, recusam aqui a responsabilidade do devedor. Como tivémos oportunidade de referir anteriormente, não acompanhamos este entendimento, parecendo-nos que se está ainda no campo direto de aplicação do artigo 800.º/1 do CC, uma vez que o devedor introduziu o auxiliar, ainda que não propriamente no cumprimento, mas numa posição em que permitia ao auxiliar interferir nesse mesmo cumprimento. E, como se disse, a inobservância das instruções do devedor não constitui motivo de escusa para a aplicação do artigo 800.º/1, constituindo, antes pelo contrário, um dos casos típicos de aplicação.

---

<sup>3042</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Procedimentos laborais na empresa*, ob. cit., p. 114.

<sup>3043</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Procedimentos laborais na empresa*, ob. cit., p. 114.

#### IV. AGENTE

O contrato de agência encontra-se previsto no DL n.º 178/86, de 3 de julho, alterado pelo DL n.º 118/93, de 13 de abril<sup>3044</sup> <sup>3045</sup>. Trata-se, como definido no art. 1.º deste diploma, do contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover, por conta da outra, a celebração de contratos em certa zona ou determinado círculo de clientes, de modo autónomo e estável e mediante retribuição. Está ainda regulado na Diretiva 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, sobre o agente comercial.

Este é um contrato de distribuição<sup>3046</sup>, pelo qual o agente se obriga a promover, por conta do principal, a celebração de contratos, de modo estável e remunerado<sup>3047</sup>.

Enquanto o mandatário se encontra obrigado à prática de atos jurídicos<sup>3048</sup>, o agente obriga-se a praticar atos materiais<sup>3049</sup>, ou seja, a promover a celebração de contratos, fazer prospeção de mercado e angariar clientela<sup>3050</sup>.

O agente exerce a sua atividade com autonomia<sup>3051</sup>, embora, como se saiba, tal não constitua obstáculo a considerá-lo como auxiliar na aceção do art. 800.º/1 CC.

---

<sup>3044</sup> Sobre o tema, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, em *Revista Tribuna da Justiça*, N.º 3, pp. 9-35; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, ob. cit., p. 151;

<sup>3045</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 29 e seguintes.

<sup>3046</sup> Assim, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 435.

<sup>3047</sup> Sobre este contrato e, bem assim, sua delimitação perante figuras próximas, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 76 e seguintes. Em especial sobre a obrigação de promover a celebração de contratos, veja-se as pp. 85 e seguintes, salientando a diferença em face do mandato, uma vez que não cabe ao agente a celebração do contrato, a menos se tal tiver sido convencionado com o principal. Cf. ainda: MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 80 e seguintes e pp. 88 e seguintes. A Autora salienta igualmente, na p. 95, a necessidade de atribuição de poderes ao agente para celebração do contrato, sem o que este apenas pode realizar a respetiva promoção. Cf. ainda: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, ob. cit., pp. 17 e seguintes, sublinhando que o agente, contrariamente ao mandatário, pratica caracteristicamente atos materiais; CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, ob. cit., p. 12 e seguintes.

<sup>3048</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, ob. cit., p. 17, salientando a necessidade de diferenciar os contratos.

<sup>3049</sup> Neste sentido, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, Lisboa, AAFDL, 2007, p. 40.

<sup>3050</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, ob. cit., p. 15.

O agente atua, claramente, por conta do principal: a sua atividade tem em vista a celebração de contratos pelo principal (ou pelo próprio agente, em nome daquele, quando sejam atribuídos poderes de representação). O problema é que, para considerarmos o agente auxiliar, *ele deveria ser introduzido num momento em que a obrigação do principal já existe*. Ao invés, o agente atua ainda antes da celebração do contrato pelo principal, procurando promover essa mesma celebração.

Por isso, a configuração do agente como auxiliar de cumprimento do principal apenas pode ser admitida, a nosso ver, em duas situações:

- a) Se se estiver no âmbito do cumprimento de deveres pré-contratuais, para aqueles que admitam, neste âmbito, a aplicabilidade do regime jurídico obrigacional;
- b) Se existir uma *ratificação ou confirmação*, pelo principal, da atuação do agente.

Contudo, é também de assinalar o regime do art. 22.º/2 da Lei da Agência<sup>3052</sup>: considera-se ratificado o negócio se o principal, logo que tenha conhecimento da celebração do negócio e do seu conteúdo essencial, não avisar no prazo de cinco dias, a contar do conhecimento, o terceiro de boa fé de que não aceita o negócio. Portanto, o regime é idêntico, no início, ao disposto no art. 268.º/1 CC, tendo no entanto um importante desvio no seu n.º 2, *“ao exigir que o principal avise, de imediato, o cliente da sua recusa em ratificar o negócio”*<sup>3053</sup>. Neste caso, parece-nos que o agente será auxiliar do principal<sup>3054</sup>, precisamente porque se verifica a ratificação dos seus atos por parte do principal, ratificação esta que, embora sendo presumida pela lei, funciona como uma *autorização, a posteriori*, de atuação. O silêncio, após o decurso de cinco dias a contar do

---

<sup>3051</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, ob. cit., p. 16, salientando no entanto o dever de acatar as instruções do principal que versem sobre a atualização dos preços publicitados.

<sup>3052</sup> Inspirado no Direito alemão, como refere MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o contrato de agência*, ob. cit., p. 24.

<sup>3053</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, ob. cit., p. 106.

<sup>3054</sup> Sobre o regime constante do artigo 22.º, cf. CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, ob. cit., pp. 57 e seguintes.

conhecimento da celebração do negócio e do seu conteúdo essencial, vale como meio declarativo, na aceção do art. 218.º CC<sup>3055</sup>.

V. Em termos similares, a propósito do mandato comercial<sup>3056</sup>, o art. 240.º do CCom estabelece que, uma vez executado o mandato, o mandatário deve, sem demora, avisar o mandante da execução, sendo que, se o mandante não responder imediatamente ao aviso da execução do mandato, se *presume ratificar o negócio*, ainda que o mandatário tenha excedido os poderes do mandato<sup>3057</sup>.

Também aqui a presunção de ratificação implica, a nosso ver, que o mandatário atuou como auxiliar do mandante, muito embora apenas haja uma autorização *a posteriori* para esse efeito.

VI. Poderia argumentar-se em sentido contrário ao que aqui defendemos, invocando que a ratificação é presumida pela lei, não provindo de uma atuação voluntária do devedor. E, de fato, para que o devedor responda pela atuação dos seus auxiliares, nos termos do artigo 800.º/1 CC, é necessário que tenha, voluntariamente, introduzido esses auxiliares no cumprimento.

Não obstante, parece-nos que esta argumentação não procede, uma vez que temos aqui, *apesar de tudo, um comportamento voluntário do principal e do mandante*, respetivamente. Com efeito, eles dispõem da possibilidade de se opor ao negócio celebrado indevidamente pelo agente ou pelo mandatário, e, ao não o fazer, concordam com a atuação deste. Por isso mesmo nos parece que se pode falar aqui de uma autorização posterior de intervenção do auxiliar.

VII. No âmbito do mandato comercial, são de referir os artigos 231.º e seguintes do CCom: o mandatário comercial obriga-se, perante o mandante, à

---

<sup>3055</sup> ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, ob. cit., p. 106.

<sup>3056</sup> JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 145 e seguintes, considerando que este, em princípio, não é comerciante.

<sup>3057</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 418 e seguintes.

prática de um ou mais atos comerciais, realizando tal atividade a título profissional, razão pela qual este é um contrato oneroso.

Assim, são auxiliares do devedor, na aceção do n.º 1 do artigo 800.º do CC, os *gerentes de comércio, auxiliares e caixeiros de comerciantes*, previstos nos artigos 248.º, 250.º e 251.º CCom<sup>3058</sup>;

Como refere Coutinho de Abreu, no caso do gerente, este goza de um *“mandato geral e compreensivo de todos os actos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que tenha sido dado”*, tal como previsto no artigo 249.º CCom. Já os auxiliares são *“as pessoas encarregadas por comerciante do desempenho constante, em nome e por conta dele, «de algum ou alguns ramos do trafico» a que o comerciante se dedica (art. 256º do CCom.)”*, enquanto os caixeiros são *“empregados de comerciante encarregados de funções várias, incluindo a realização de negócios jurídicos”*<sup>3059</sup>.

P.ex., será este o caso do rececionista de um hotel, que celebra o contrato com o cliente, fá-lo enquanto mandatário do empregador, tendo para esse efeito os necessários poderes de representação, que em princípio serão o resultado da própria celebração do contrato de trabalho, tal como previsto no artigo 115.º, n.º 3, do CT<sup>3060</sup>.

---

<sup>3058</sup> Sobre estes conceitos, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 285 e seguintes. O Autor reconduz à categoria de *peçoas semelhantes a comerciantes* os mandatários comerciais, gerentes, auxiliares ou caixeiros, comissários, mediadores, corretores, agentes comerciais, sócios de responsabilidade ilimitada, farmacêuticos e artífices. Tratar-se-ia, em todos os casos, de *“uma entidade que não sendo comerciante em si, suscita, não obstante, a aplicação das diversas regras do Direito comercial”*. Cf. também JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 146 e seguintes; A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, LEX, 1994, pp. 84 e seguintes; ADRIANO ANTHERO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, Volume I, Porto, Typographia «Artes & Letras», 1913, pp. 56 e seguintes; MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, ob. cit., pp. 89 e seguintes. Cf. ainda DURVAL A. FONSECA E CASTRO FERREIRA, *Do mandato civil e comercial...*, ob. cit., pp. 154 e seguintes.

<sup>3059</sup> JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, ob. cit., p. 146.

<sup>3060</sup> JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, ob. cit., p. 147, sublinhando que estes empregados não são comerciantes, sendo-o, antes, os respetivos empregadores, *“que exercem profissionalmente o comércio por intermédio ou com o auxílio daqueles colaboradores”*. Assim também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, ob. cit., p. 48: *“(...) quem confia o seu estabelecimento comercial a um empregado lhe confere com isso poderes representativos; que quanto um banco institui um balcão de recebimento de depósitos confere ao encarregado dele poderes representativos, o mesmo acontecendo quando nomeia o director de uma filial;*

A situação do auxiliar afigura-se o oposto da existente no contrato de comissão, previsto no artigo 266.º do CCom, em que o comissário é um mandatário comercial<sup>3061</sup>, sem representação, que aparece aos olhos do público como contratando em nome próprio<sup>3062</sup>.

## VIII. POSSE

O Direito português acolhe a distinção entre posse e mera detenção<sup>3063</sup><sup>3064</sup>. No art. 1253.º, alínea c) do CC, não se considera possuidor o representante ou mandatário do possuidor, nem, de um modo geral, aquele que possui em nome de outrem, ou seja, que *exerce o poder de fato em nome de outrem*. É o caso de alguém tomar conta dos bens de outra pessoa<sup>3065</sup>. Neste sentido, como estabelece o n.º 1 do artigo 1252.º do CC, a posse tanto pode ser exercida pessoalmente, como por intermédio de outrem.

Destarte, aquele que age como representante ou mandatário do possuidor, ou, de um modo geral, *em nome de outrem*, é seu auxiliar<sup>3066 3067</sup>.

---

*que numa oficina de reparações, ao pessoal empregado encarregue de receber os objectos podem dar-se como tacitamente atribuídos poderes representativos para todos os negócios respeitantes às reparações.”, havendo sempre aqui uma declaração negocial tácita.*

<sup>3061</sup> Sobre este contrato, cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 363 e seguintes.

<sup>3062</sup> Cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução, Actos de comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais distintivos)*, Volume I, ob. cit., p. 148.

<sup>3063</sup> Neste sentido, cf.: ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coordenação de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 261 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 109 e seguintes; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 529 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., pp. 77 e seguintes; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 290 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 147 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, Volume I, ob. cit., pp. 123 e seguintes.

<sup>3064</sup> JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 518 e seguintes.

<sup>3065</sup> Sobre o tema, cf. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Relatório*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 212.

<sup>3066</sup> Incluindo aqui os titulares de direitos reais menores. Cf. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Relatório*, ob. cit., p. 214.

<sup>3067</sup> JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 556, sublinhando que há dois tipos de situações que integram a alínea c): aqueles que atuam sobre a coisa em nome do proprietário, sem afirmarem um direito próprio quanto a ela e aqueles que atuam sobre a coisa em nome do proprietário, sendo detentores quanto a este direito, mas possuidores em simultâneo quanto a um direito próprio.



Isto significa que o possuidor responde pela atuação deste auxiliar, no cumprimento das respectivas obrigações, designadamente quando esteja em causa uma obrigação prevista na lei. Assim, de acordo com o disposto no artigo 1269.º do CC<sup>3068</sup>, o possuidor de boa fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa, a qual deve ser demonstrada pelo lesado, nos termos gerais (cf. art. 487.º/1 CC)<sup>3069</sup>: deste modo, se a perda da coisa tiver decorrido de atuação culposa do auxiliar do possuidor, este responde, nos termos do artigo 800.º/1 CC. *A contrarium*, se o possuidor estiver de má fé, responde já como o devedor em mora, ou seja, pelo risco (cf. também art. 807.º CC), a menos que prove que o proprietário teria igualmente sofrido os danos se a coisa estivesse na sua posse, de acordo com interpretação restritiva da doutrina nacional (art. 807.º/2 CC)<sup>3070</sup>.

## IX. RELAÇÕES JURÍDICO-REAIS

Como vimos no capítulo do Direito comparado, a maioria da doutrina alemã aplica o § 278 do BGB às relações jurídicas reais<sup>3071</sup>. Não obstante, há também alguns autores consideram que não existe responsabilidade obrigacional por fato de outrem pela violação destes deveres, por não se tratar de verdadeiros deveres específicos entre duas pessoas, mas antes deveres de carácter geral.

---

<sup>3068</sup> Neste sentido, cf.: ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, ob. cit., p. 283; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 148; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 618 e 619; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., p. 107; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., p. 311; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 183 e seguintes.

<sup>3069</sup> Acerca das concretizações desta norma, cf. ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (breve anotação ao regime do Código)*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, 1989, pp. 519 e seguintes.

<sup>3070</sup> Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 148; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 618 e 619; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 184.

<sup>3071</sup> Na doutrina alemã, pronunciam-se a favor da aplicação do § 278 BGB às relações de Direitos reais: DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 369; JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 95. No entanto, contra a aplicação do § 278 BGB às relações de vizinhança, cf. RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 83 e HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 893. A favor desta aplicação, HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 341.

Em Espanha, pronuncia-se diferentemente Jordano Fraga. Segundo este Autor, deve admitir-se a responsabilidade obrigacional por fato de outrem, uma vez que *“no puede, entonces, negarse la posible intervención de auxiliares y la conseguinte responsabilidade contractual del deudor por ellos, allí donde la ley impone genuinas obligaciones entre dos vecinos determinados”*<sup>3072</sup>.

Em Portugal, a questão não parece ser, expressamente, referida pela doutrina. O problema coloca-se desde logo a respeito das relações de vizinhança e dos múltiplos deveres impostos na lei<sup>3073</sup>, cuja natureza jurídica é discutível<sup>3074 3075</sup>.

O problema densifica-se a propósito da interpretação de algumas normas, como o art. 1346.º CC, em que se discute se a proibição de emissão de fumos é apenas aplicável ao prédio vizinho, ou se prédio contíguo poderá ser tão só um prédio alheio<sup>3076</sup>.

Referimos de seguida algumas obrigações previstas no Livro dos Direitos reais, em que, na nossa perspetiva, se poderá admitir o recurso a auxiliares de cumprimento, com a consequente aplicação do artigo 800.º/1 do CC<sup>3077</sup>:

- a) Artigo 1346.º: obrigação do proprietário de não emissão de fumos, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como de não produção de trepidações e outros quaisquer fatos semelhantes em relação ao *prédio vizinho*, sempre que tais fatos importem um prejuízo

---

<sup>3072</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 82.

<sup>3073</sup> Neste sentido, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 179 e seguintes; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 339 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., pp. 249 e seguintes; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 216 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 231 e seguintes.

<sup>3074</sup> Sobre este assunto, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Relatório*, ob. cit., pp. 332 e seguintes.

<sup>3075</sup> JOSÉ ALBERTO C. VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 339 e seguintes.

<sup>3076</sup> Cf. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Relatório*, ob. cit., p. 335, defendendo a interpretação mais ampla.

<sup>3077</sup> Acerca dos artigos 1346.º e seguintes do CC: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 179 e seguintes; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 339 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., pp. 249 e seguintes; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 216 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 231 e seguintes. Cf. ainda ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 1945, pp. 25 e seguintes.

substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam;

- b) Artigo 1347.º: obrigação do proprietário de não construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos por lei<sup>3078</sup>;
- c) Artigo 1348.º: obrigação do proprietário de, em caso de abertura de minas ou poços ou de realização de escavações, não privar os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocações de terras<sup>3079</sup>;
- d) Artigo 1349.º: obrigação de o proprietário consentir o levantamento de andaime ou a passagem forçada momentânea, no seu prédio, quando isso seja indispensável para reparar algum edifício ou construção ou ainda de permitir o acesso ao prédio quando tal seja necessário para uma pessoa se apoderar de coisas suas que nele se encontrem<sup>3080</sup>;
- e) Artigo 1351.º: obrigação de os proprietários dos prédios inferiores receberem o escoamento de águas dos prédios superiores, assim como a terra e entulhos que elas arrastam na sua corrente;
- f) Artigo 1352.º: obrigação de o proprietário onde haja obras defensivas para conter as águas ou onde seja necessário construir novas obras, de fazer os reparos necessários ou tolerar que os façam os donos dos

---

<sup>3078</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança*, ob. cit., p. 212, considera que a previsão do n.º 2 deste preceito se trata de responsabilidade por fato lícito.

ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume II – Direitos de Família. Direitos Reais e Posse, ob. cit., pp. 330 e seguintes.

<sup>3079</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança*, ob. cit., p. 210, considera que se trata de responsabilidade por fato lícito.

ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume II – Direitos de Família. Direitos Reais e Posse, ob. cit., pp. 330 e seguintes.

<sup>3080</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança*, ob. cit., p. 210, considera que se trata de responsabilidade por fato lícito.

ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume II – Direitos de Família. Direitos Reais e Posse, ob. cit., pp. 330 e seguintes.

prédios que padeçam de danos ou estejam expostos a danos iminentes;

- g) Artigo 1357.º: obrigação de deixar mota externa de largura igual à profundidade da vala do proprietário que pretender abrir vala ou regueira ao redor do prédio;
- h) Artigo 1359.º: obrigação de não plantar sebes vivas nas extremas do prédio sem previamente serem colocados marcos divisórios;
- i) Artigo 1360.º: obrigação de não abrir janelas ou portas que deitem diretamente sobre o prédio vizinho sem deixar entre este e cada uma das obras o intervalo de metro e meio, bem como em caso de varanda, terraço, eirado ou obra semelhante; quando sejam servidos de parapeitos de altura inferior a metro e meio em toda a sua extensão ou parte dela;
- j) Artigo 1365.º: obrigação de edificar de modo que a beira do telhado ou outra cobertura não goteje sobre o prédio vizinho, deixando um intervalo mínimo de cinco decímetros entre o prédio e a beira;
- k) Artigo 1367.º: obrigação de tolerar que o proprietário de árvore ou arbusto contíguo a prédio de outrem com ele confinante faça a apanha de frutos que não seja possível fazer do seu lado;
- l) Obrigações do usufrutuário, com destaque para o respeito pela forma e substância da coisa<sup>3081</sup>, previsto no artigo 1439.º do CC, bem como para as obrigações contempladas no artigo 1468.º do CC;
- m) Obrigações do usuário (artigo 1489.º CC);
- n) Obrigações do superficiário e do fundeiro (artigos 1530.º e seguintes CC);
- o) Obrigações dos proprietários de prédios servientes e dominantes.

## X. COMISSÁRIO DO DONO DA OBRA

---

<sup>3081</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 307 e seguintes; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 746 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., pp. 470 e seguintes; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 408 e seguintes; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 354.

Outro caso expressamente previsto na lei encontra-se contemplado a propósito do contrato de empreitada, em que o dono da obra tem o direito de fiscalização<sup>3082 3083</sup>.

De acordo com o disposto no artigo 1209.º do CC, este direito de fiscalização pode ser exercido por meio de *comissário* (cf. o n.º 2 do mesmo preceito), o qual será, para todos os efeitos, auxiliar do dono da obra<sup>3084</sup>. Destarte, pode o dono da obra ser chamado a responder pela atuação deste auxiliar, nos termos do artigo 800.º/1 do CC.

## XI. CASOS DUVIDOSOS

Como vimos, a situação tipo corresponde àquela em que o devedor responde pela atuação dos seus trabalhadores. No entanto, muitas outras suscitam dúvidas. Veremos agora algumas destas dúvidas analisadas pela nossa jurisprudência.

Um exemplo disso é o caso decidido pelo Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 15.10.2013<sup>3085</sup>, em que se discutiu o pagamento de cheques com assinaturas falsificadas por parte de um dos funcionários do titular da conta bancária. Tratava-se de um trabalhador admitido ao serviço para exercer as funções de responsável pela área administrativa, com poderes para a emissão e conferência de faturas, controlo de recebimentos, preenchimento de cheques da empresa para pagamento das faturas emitidas, o qual tinha à sua guarda o

---

<sup>3082</sup> Sobre este direito, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., pp. 75 e seguintes, sublinhando que a fiscalização tanto pode ser feita pelo dono da obra, como por um técnico, por este contratado. Salaria ainda, a p. 78, que o dono da obra que, durante a fiscalização, se apercebe de um defeito, que não menciona ao empreiteiro, responde mais tarde por *venire contra factum proprium* se pretender valer o seu direito em relação ao mesmo defeito.

<sup>3083</sup> Acerca do direito de fiscalização, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 467 e 468.

<sup>3084</sup> Acerca do direito de fiscalização nas empreitadas de obras públicas, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Para uma comparação entre a empreitada civil e as empreitadas celebradas por entidades públicas*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 4 e seguintes. Cf. também PEDRO MELO, *O Direito das Obras Públicas*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume VI, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 443 e seguintes.

<sup>3085</sup> Processo n.º 4222/09.0TBVNG.P1, Relator Fernando Simões, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

livro de cheques<sup>3086</sup>. Este trabalhador, sem conhecimento nem consentimento da empresa, acedeu às assinaturas digitalizadas dos sócios gerentes, que imprimiu em vários cheques, durante vários anos, em valor superior a € 75.000,00. A empresa emitia centenas de cheques mensalmente, não se tendo apercebido da situação, até porque a verificação competia a uma outra empresa, responsável pela contabilidade.

Neste caso, averiguou-se que havia também culpa do banco, através dos seus próprios auxiliares, uma vez que haviam sido negligentes na análise do cheque, tendo-se demonstrado que a falsificação era visível a olho nu.

De acordo com o Tribunal:

- a) O contrato celebrado entre a sociedade e o banco foi qualificado como um contrato de depósito bancário, conexo com um contrato de convenção de cheque;
- b) Ora, deste negócio emergiam obrigações para ambas as partes, nomeadamente:
  - a. O cliente tinha o dever de *“guardar cuidadosamente a caderneta de cheques e dar imediatamente notícia de uma eventual perda”*, devendo também verificar os extratos bancários e confrontá-los com os cheques emitidos, fazer a análise periódica dos movimentos efetuados na conta;
  - b. O banco devia cumprir as ordens do cliente e zelar pelos interesses deste, encontrando-se obrigado a pagar os cheques regularmente emitidos, até ao limite da quantia disponível, para o que se impõe o dever essencial de verificação da assinatura.

O Tribunal assinalou com especial destaque que, *“face à complexidade das tarefas da vida económica hodierna, normalmente organizada em unidades do tipo empresa individual ou colectiva, o devedor se serve de auxiliares ou prepostos seus no*

---

<sup>3086</sup> Sobre o tema diverso da responsabilidade do banco em caso de cheques com assinaturas falsificadas, cf. PEDRO FUZETA DA PONTE, *Da problemática da responsabilidade civil dos bancos decorrente do pagamento de cheques com assinaturas falsificadas*, em *Revista da Banca*, N.º 31, Julho / Setembro 1994, pp. 65 e seguintes.

*cumprimento das obrigações correntes, pelo que é comum os clientes dos bancos, em vez de guardarem eles próprios os livros de cheques, os confiarem a empregados de confiança seus subalternos”, sendo então de aplicar o disposto no artigo 800.º/1 CC.*

Deste modo, a sociedade deverá responder, a título objetivo, pelo incumprimento dos seus deveres perante o banco, resultante da atuação do seu funcionário. Por sua vez, o banco também responde pelo incumprimento da sua obrigação de verificar as assinaturas e a regularidade do cheque, uma vez que os seus funcionários não atuaram com a diligência que lhes era exigível, não tendo detetado uma falsificação que era notória a olho nu.

Neste caso, parece-nos que haveria não apenas responsabilidade objetiva de ambas as partes, ao abrigo do artigo 800.º CC, como também responsabilidade subjetiva. Com efeito, da parte da sociedade emitente do cheque, poder-se-ia falar certamente em culpa *in vigilando*, porquanto a situação perdurou por mais de dois anos sem que a mesma se apercebesse do desvio de quantias muito elevadas. E quanto ao banco haveria também, pelo menos, culpa *in vigilando* e *in eligendo*, já que os funcionários não apresentavam as qualidades mínimas necessárias ao desempenho da sua função<sup>3087</sup>.

XII. Um caso interessante, mas duvidoso, foi ainda o decidido pelo STJ em 17 de junho de 1982, no qual a empresa Telefones de Lisboa e Porto foi responsabilizada, com base no art. 800.º do CC, pela atuação da empresa Imprimarte, a qual incumbira de organizar e comercializar as páginas amarelas. No caso, constatara-se haver incorreções, pelo que o devedor responde perante o cliente pelo ato do seu auxiliar<sup>3088</sup>.

---

<sup>3087</sup> Muito embora o tribunal não tenha sido especialmente pormenorizado neste ponto, chegou a afirmar que “Qualquer banco prudente, zeloso e cauto teria, em casos semelhantes a este, utilizado meios técnicos e funcionários especializados na detecção de falsificações.”.

<sup>3088</sup> Sobre esta decisão, MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., pp. 55 e seguintes.

XIII. O auxiliar de cumprimento pode igualmente ser um prestador de serviços independente<sup>3089</sup>, sendo este um dos aspetos essenciais de diferenciação face ao artigo 500.º CC<sup>3090</sup>.

Assim se decidiu também no Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 12.03.2013<sup>3091</sup>, em que estava em causa o recurso a um agente transitário. A atividade transitária encontrava-se então regulada no DL n.º 255/99, de 7 de julho<sup>3092</sup>. O transitário é designado pela doutrina como um *arquitecto dos transportes*<sup>3093</sup>, na medida em que lhe compete organizar a viagem da mercadoria. O contrato de expedição ou trânsito, previsto no DL 255/99, de 7 de julho, alterado pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro, é aquele em que o expedidor se obriga a prestar um conjunto de serviços, de natureza logística, relativos à circulação de coisas e mercadorias, incluindo a celebração, em nome próprio e por conta da outra parte, de contratos de transporte<sup>3094 3095</sup>.

As tarefas que o transitário pode desempenhar são muito variadas, sendo que, no caso em apreço, estava em causa o transporte de mercadoria para Angola, aí se incluindo o tratamento de toda a documentação relativa à exportação dos bens. Acontece que a empresa transitária não obteve o certificado comprovativo de exportação, ocorrendo assim uma situação de incumprimento contratual<sup>3096</sup>. A entrega deste documento comprovativo não

---

<sup>3089</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 184, referindo-se à diferença de regimes entre os §§ 278 e 831 do BGB.

<sup>3090</sup> Cf. também no Direito alemão, WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 44.

<sup>3091</sup> Processo n.º 2577/10.3TBVFX.L1-1, Relator Rui Vouga, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3092</sup> Atualmente, este diploma foi revogado pela Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro.

<sup>3093</sup> Para mais desenvolvimentos: FRANCISCO COSTEIRA DAROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias. Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, ob. cit., pp. 70 e seguintes; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, ob. cit., pp. 731 e 732; JOÃO VALBOM BAPTISTA, *O contrato de expedição*, ob. cit., pp. 130 e seguintes; ANA MARÍA TOBÍO RIVAS, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, ob. cit., pp. 155 e seguintes.

<sup>3094</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 731.

<sup>3095</sup> Cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito dos Transportes*, ob. cit., p. 32.

<sup>3096</sup> Segundo foi decidido, “(...) tendo a Autora adquirido a uma outra empresa diversa mercadoria com destino a ser exportada para Angola (a qual lhe fora facturada isenta de IVA ao abrigo do artº 6º do DL 198/90, impondo, porém, a concretização dessa isenção que a Autora entregasse à sua fornecedora, no prazo de 60 dias após a emissão da factura, um certificado comprovativo de exportação (CCE) devidamente validado pela Alfândega de ...), ela contratou os serviços da Ré para tratar de todo o procedimento relativo à exportação para Angola dos referidos bens, incluindo a obtenção do CCE (...) a



era a obrigação principal, mas antes uma obrigação secundária; não obstante, o devedor respondia, ainda, pelo seu incumprimento.

Ora, no caso, apesar de a *execução de trâmites e formalidades legalmente exigidos* ser da competência do transitário, este recorreu a um despachante oficial e independente, o qual, por seu turno, não apresentou na Alfândega o pedido atempadamente (concretamente, apresentou o pedido para além dos 60 dias em que a lei lhe permitia essa apresentação<sup>3097</sup>), razão pela qual o mesmo foi indeferido.

O despachante atuou como auxiliar do devedor transitário, tendo o tribunal considerado que o transitário deveria responder, perante o credor, pela negligência do seu auxiliar, nos termos do artigo 800.º CC e ainda do artigo 15.º do DL n.º 255/99. De acordo com este último preceito, as empresas transitárias respondem perante o seu cliente pelo incumprimento das suas obrigações, bem como pelas obrigações contraídas por terceiros com quem hajam contratado, sem prejuízo do direito de regresso.

XIV. A este propósito, interessa também referir o caso decidido pelo STJ no seu Acórdão de 20.03.2012<sup>3098</sup>, no qual se responsabilizou o devedor, por culpa *in contrahendo*, em consequência da atuação do auxiliar, ou seja, aplicando conjuntamente os artigos 227.º e 800.º CC, por este haver criado uma expectativa legítima, na contraparte.

No caso em questão, a sociedade B havia solicitado a colaboração da sociedade C para esta atuar na qualidade de sua “*consultora e representante para a preparação da concessão dos espaços comerciais do novo terminal do Cais do Sodré*”. O acordo celebrado entre ambas determinava que C se obrigava em relação a B “a

---

*não obtenção de tal documento configurava, inequivocamente, se ocorrida por culpa da Ré (ou dos auxiliares de quem ela se serviu: cfr. o art. 800.º, n.º 1, do Código Civil), um caso de incumprimento contratual dum dos serviços que integravam o objecto do contrato”.*

<sup>3097</sup> Com efeito, a mercadoria saiu do porto em 28 de abril de 2009, tendo o pedido apenas sido apresentado pelo despachante em 14 de outubro desse ano, razão pela qual a emissão do documento foi indeferida. Assim, como entendeu o Tribunal, “*o incumprimento da R. verificou-se após a conclusão da prestação principal contratada*”, o que não obstante não impedia a responsabilidade do transitário.

<sup>3098</sup> Processo n.º 1903/06.4TVLSB.L1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*gerir o processo de preparação da concessão dos espaços comerciais do terminal do Cais do Sodré, procedendo à consulta a potenciais interessados, à apresentação à R. de uma lista de interessados e à elaboração de um relatório final, tendo a R. concedido à CC poderes para esta a representar nos contatos com os potenciais interessados”, mas não para a representar contratualmente.*

A sociedade C abordou A, a quem propôs a concessão de um espaço no referido local, destinado à atividade de *snack-bar*, tendo informado que apenas estava previsto que no terminal em causa houvesse máquinas automáticas, pelo que não seriam abertos outros estabelecimentos que vendessem ao público o mesmo tipo de produtos. Ficou, assim, demonstrado que a exclusividade era condição essencial para que A tivesse aceite o negócio, contudo, tal condição não fora inserida no próprio contrato, tendo apenas sido referida pelo intermediário de B, ou seja, por C, que não era procurador de B nem tinha instruções para transmitir aos interessados qualquer intenção de contratualização em regime de exclusividade. Alguns meses depois, porém, foi instalado no mesmo local um quiosque para venda de cafés, cervejas, artigos de *snack-bar* e gelados, o que teve um efeito imediato na redução do lucro de A.

A primeira questão analisada foi a de saber se B respondia a título contratual (decisão da Relação) perante A, ou se se tratava de responsabilidade pré-contratual (decisão da primeira instância). Segundo o STJ, o primeiro ponto que foi assinalado foi a qualificação do contrato celebrado entre A e B, que as instâncias tinham entendido ser de concessão de exploração de um estabelecimento comercial, a qual foi afastada pelo STJ, precisamente por não haver, previamente ao contrato, qualquer estabelecimento a funcionar no local. Tratava-se, assim, de um contrato de arrendamento comercial.

Quanto à intervenção de C nas negociações havidas entre A e B, concluiu-se que C atuara como auxiliar, e que, não sendo a exclusividade uma condição inserida no contrato, a informação que fora erradamente fornecida apenas daria origem a responsabilidade por culpa *in contrahendo*: com efeito, a convicção de A de que B não iria abrir outros estabelecimentos no local não

assenta no contrato celebrado, mas sim na atuação de C, enquanto consultora e representante de B.

O STJ sublinhou que a “garantia de exclusividade” *“não traduz a emissão de uma cláusula contratual (nem sequer tácita) de exclusividade que vinculasse a própria ré, desde logo porque a “CC” não estava mandatada para tanto, nem foram alegadas quaisquer circunstâncias nesse sentido”*. Contudo, o artigo 800.º, n.º 1, do CC permite a responsabilização de B, pela atuação do seu auxiliar C, que tornou possível e facilitou a celebração do contrato, mas através do qual de igual modo violou os deveres de informação e esclarecimento negociais<sup>3099</sup>.

É indiscutível que, com ou sem poderes de representação por parte de C, a sua intervenção apenas beneficiou B.

É igualmente certo que, se B tivesse negociado diretamente com A e se tivesse dado tal informação errónea, teria de responder nos termos da culpa *in contrahendo*.

Pelo que se concorda inteiramente com a decisão do tribunal neste caso.

XV. Um caso interessante foi ainda o julgado pelo STJ, no seu Acórdão de 16.12.2010<sup>3100</sup>: em 2002, vários comproprietários anunciaram a intenção de venda de um imóvel através de uma agência imobiliária, tendo sido iniciado contatos com vista à venda e posteriormente interrompido o processo negocial. Os contatos para a determinação do preço foram estabelecidos entre os compradores interessados e, por um lado, o sócio gerente da agência imobiliária, e, por outro, um dos comproprietários, tendo sido elaborados projetos de minutas de contrato-promessa, tanto por este comproprietário, como pela mandatária dos compradores.

O aspeto interessante neste caso reside na circunstância de um dos comproprietários ter assumido “a liderança” do negócio (tendo sido esta a

---

<sup>3099</sup> De acordo com o STJ, *“Deve reconhecer-se, pois, à autora o direito a ser indemnizada, porquanto lhe foi criada pela ré a expectativa legítima de que não iria ter qualquer estabelecimento comercial directamente concorrente com o seu, naquele terminal, o que saiu frustrado pela violação do dever de informação que impedia sobre a ré, traduzindo falta de lisura aquando da negociação contratual, podendo e devendo esta (através da “CC”) actuar de modo diverso e de que emergiram danos”*.

<sup>3100</sup> Processo n.º 1212/06.9TBCHV.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

expressão utilizada pelo STJ), muito embora não tivesse poderes dos demais nesse sentido.

Confiantes no negócio, os compradores tiveram várias despesas, ao longo de mais de dois anos, incluindo as despesas com advogado, viagens para Portugal (pois eram emigrantes) e um arquiteto, a quem solicitaram um projeto de reconstrução do imóvel, para além de terem vendido ações e desmobilizado poupanças com vista ao pagamento do sinal. Contudo, em 2004, começaram a surgir recusas na identificação dos demais comproprietários e de quem estaria presente ou representado no negócio, sem o que não era possível avançar para a celebração da promessa.

O STJ sublinhou a importância da boa fé nos preliminares contratuais, destacando os deveres de proteção, informação e lealdade impostos pelo artigo 227.º CC. Assim, salientou que nas negociações houve sempre duas faces visíveis, a do gerente da imobiliária e um dos comproprietários, sendo que aquele gerente informou os compradores de que este comproprietário era o *“líder da família”*. Ora, na perspectiva do tribunal, a agência era, claramente, um *comissário dos vendedores*, pois estes teriam atribuído a esta uma tarefa: a de promover a venda do bem. E, encontrado o comprador, deve este intermediário atuar de boa fé, tal como aconteceria se fossem os vendedores, diretamente, a agir.

Por outro lado, tendo um dos comproprietários assumido essa liderança, era seu dever informar os potenciais compradores de que os demais, que não representava, poderiam não anuir no negócio. Sendo que, o que acabou por acontecer foi que este comproprietário era também sócio gerente de uma outra sociedade imobiliária, a qual obteve licença para proceder a obras em duas das frações que constituíam o prédio que se visava vender, o que mostrava, como entendeu o STJ, que o comproprietário em questão entabulava negociações com os potenciais compradores mas, ao mesmo tempo, tinha outro destino para o bem.

Assim, o tribunal condenou aquele comproprietário, por culpa *in contrahendo*, condenando-o a indemnizar os compradores interessados nos danos sofridos.

Não nos parece, contudo, que esta decisão tenha sido suficiente. Na realidade, o tribunal limitou-se a condenar um dos proprietários, concretamente aquele que *liderou* as negociações, mas deixou imune a atuação da agência e a responsabilidade dos demais proprietários.

Com efeito, o prédio era propriedade em comum de três pessoas, tendo sido anunciada a venda através da imobiliária, tanto quanto foi demonstrado, por interesse de todos. Portanto, tanto o sócio gerente da imobiliária, como o comproprietário que assumiu a liderança das negociações, parecem ter atuado como *auxiliares* de todos os vendedores, podendo assim justificar-se a responsabilização destes últimos, ao abrigo do artigo 800.º/1. Isto porque nos preliminares contratuais há deveres, decorrentes da boa fé, que são aplicáveis ao devedor, bem como aos seus auxiliares, quando o devedor se socorre destes para a concretização das negociações. Nessa medida, a nosso ver:

- a) Tanto o sócio gerente da imobiliária, como o comproprietário que liderou as negociações, foram introduzidos pelos demais comproprietários no cumprimento, como seus auxiliares;
- b) Não foram cumpridos pelos auxiliares os deveres de informação dos potenciais compradores;
- c) Pelo que todos os comproprietários deveriam ter sido responsabilizados, ao abrigo do artigo 800.º/1 do CC.

XVI. No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.05.2013<sup>3101</sup>, no âmbito de uma compra e venda com locação financeira, *o mutuante foi considerado auxiliar do vendedor*, para efeitos do cumprimento da obrigação de entrega dos documentos da viatura alienada.

---

<sup>3101</sup> Processo n.º 4354/07.0TBGDM.P1, Relator José Manuel Araújo Barros, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O caso era o seguinte: o autor adquiriu um veículo automóvel ao 1.º réu, que sugeriu a celebração de contrato de mútuo com reserva de propriedade a favor do 2.º réu. As chaves da viatura foram entregues ao autor mas não os documentos, que ficaram em poder do 2.º réu, para que este pudesse constituir a seu favor a reserva de propriedade. Meses depois, o autor constatou que sobre o veículo existia uma reserva de propriedade anterior à sua aquisição, tendo ficado demonstrado que os réus esconderam esse fato do autor.

O Tribunal aplicou a este caso o regime da compra e venda de bens de consumo<sup>3102</sup> então vigente, constante do DL n.º 359/91, de 21 de setembro, cujo artigo 12.º estabelecia: *“Se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito.”*.

Este preceito estabelecia um regime de união interna de contratos<sup>3103 3104</sup>, desde que existisse um *qualquer tipo de colaboração entre o vendedor e o mutuante na preparação ou na conclusão do contrato de crédito*. Com base neste artigo, o Tribunal concluiu que o comprador podia demandar o credor, em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor (cf. previsto no n.º 2), considerando que tal responsabilidade não seria subsidiária.

---

<sup>3102</sup> Sobre o tema, veja-se: PAULO MOTA PINTO, *O Anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo*, ob. cit., pp. 119 e seguintes; LUÍS MENEZES LEITÃO, *O novo regime da venda de bens de consumo*, ob. cit., pp. 37 e seguintes; ARMANDO BRAGA, *Compra e venda de coisas defeituosas. A venda de coisas defeituosas no Código Civil. A venda de bens de consumo*, ob. cit., pp. 17 e seguintes; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda*, ob. cit., pp. 156 e seguintes; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apointamentos sobre a garantia de conformidade na venda de bens de consumo*, ob. cit., pp. 11 e seguintes. Em termos gerais, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral, ob. cit., pp. 124 e seguintes.

<sup>3103</sup> Sobre esta questão: ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *União de contratos. Contratos mistos*, em *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* N.º 91, Lisboa, 1960; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 88; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., pp. 219 e 220; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, ob. cit., p. 53.

<sup>3104</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais, ob. cit., pp. 273 e seguintes.

Indo mais longe, quer o Tribunal de primeira instância, quer a Relação, consideraram que *a obrigação de entrega da documentação impedia igualmente sobre o mutuante*, com o seguinte argumento: se não fosse a intervenção da mutuante, o autor teria tido imediato acesso à documentação da viatura, apenas não tendo tal acontecido porque a financiadora necessitava dos documentos para inscrever a reserva de propriedade a seu favor. Destarte, considerou que o artigo 882.º do CC era subsidiariamente aplicável a este caso, o qual, interpretado com base no artigo 239.º do CC, permitiria integrar a lacuna existente e concluir que sobre o mutuante incidia também a obrigação de entrega dos documentos<sup>3105</sup>. A Relação acrescentou ainda, como argumento, o regime da LCCG, cujo artigo 10.º manda atender ao “*contexto do contrato singular em que as cláusulas se incluem*”.

Contudo, a dada altura, nota-se uma incongruência na argumentação do Tribunal: com efeito, por um lado considera que tanto o vendedor como o mutuante são devedores da entrega da documentação, em atenção à união de contratos existente: mas, por outro, afirma igualmente que a responsabilidade da financiadora decorreu do fato de “*no cumprimento da obrigação de entrega se socorreu de um auxiliar que não cumpriu a obrigação, respondendo nos termos previstos no n.º 1 do artigo 800º do Código Civil*”.

Ora, como bem se vê, as duas afirmações são incompatíveis: ou bem que vendedor e mutuante são ambos devedores da entrega dos documentos, ou bem que tal obrigação impende apenas sobre um deles – e, nesse caso, deverá incumbir ao vendedor, e não ao financiador – sendo a atuação do outro imputada ao recurso a auxiliares. Isto porque, como vimos, o auxiliar não é, por definição, devedor...

A nosso ver, a melhor perspetiva é a segunda: apesar da união de contratos, a obrigação de entrega dos documentos, prevista no artigo 882.º do CC, impende somente sobre o vendedor. O mutuante será, desse modo, um

---

<sup>3105</sup> Sobre esta obrigação, veja-se RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Lisboa, Dezembro de 1983, pp. 627 e seguintes.

auxiliar que o vendedor introduz no cumprimento, razão pela qual deve responder pela sua atuação, de acordo como artigo 800.º/1 CC.

XVII. Deve entender-se, em termos similares, que são também auxiliares os bancos, em relação às seguradoras, na atividade de promoção da celebração de seguros.

Com efeito, as entidades bancárias procedem, nas suas instalações e através dos seus funcionários à divulgação das condições contratuais dos seguros, entregam e recebem as apólices, exames médicos, etc. Nesse sentido, os bancos são auxiliares de cumprimento, que as seguradoras incluem no cumprimento dos seus deveres, em especial os deveres que se impõem nas relações preliminares à celebração do contrato (artigo 227.º CC).

#### XVIII. MEDIADOR

Ao invés, a menos que haja determinação legal em sentido contrário, não se aplica o regime do artigo 800.º CC aos mediadores<sup>3106</sup>. Deste modo, as pessoas que venham a ser indicadas pelos mediadores com vista à celebração do contrato não são consideradas seus auxiliares.

O Código Civil não regula a mediação, embora esta possa ser qualificada como uma prestação de serviço<sup>3107</sup>. Relevante é, no entanto, a Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial<sup>3108</sup>.

O contrato de mediação<sup>3109 3110</sup> é aquele pelo qual o mediador se obriga perante o comitente a, de modo independente e mediante retribuição, preparar

---

<sup>3106</sup> Sobre estes, cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução, Actos de comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais distintivos)*, Volume I, ob. cit., pp. 149 e seguintes.

<sup>3107</sup> CARLOS LACERDA BARATA, *Contrato de mediação*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, ob. cit., p. 191.

<sup>3108</sup> Sobre o tema, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 99 e seguintes.

<sup>3109</sup> Sobre este contrato, cf. CARLOS LACERDA BARATA, *Contrato de mediação*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Volume I, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Coimbra,



e estabelecer uma relação de negociação entre este último e terceiros – solicitados – com vista à eventual conclusão, definitiva, de um negócio jurídico<sup>3111</sup>. O mediador é, assim, um *preparador* do contrato, que se assume claramente como um intermediário entre as partes, que atua, no entanto, com neutralidade em relação a estas<sup>3112</sup>: aproxima aquele que oferece daquele que procura, exercendo uma atividade material<sup>3113</sup>.

Lacerda Barata identifica cinco elementos caracterizadores deste contrato<sup>3114</sup>:

- a) Obrigação de aproximação de sujeitos;
- b) Atividade tendente à celebração de negócio;
- c) Imparcialidade<sup>3115</sup>;
- d) Ocasionalidade<sup>3116</sup>;
- e) Retribuição.

Para o que de momento importa, é de destacar o terceiro elemento: a imparcialidade. O mediador não atua por conta de nenhuma das partes<sup>3117</sup>, o que retira, à partida, qualquer hipótese de classificação como auxiliar de cumprimento de qualquer uma das partes.

O mediador apresenta-se como uma *figura afim* do auxiliar, sendo antes alguém que intervém no momento de preparação ou de celebração de um negócio jurídico, tendo em vista a aproximação das partes. É um intermediário,

---

Almedina, 2002, pp. 185-232; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, ob. cit., pp. 150 e seguintes.

<sup>3110</sup> A mediação é regulada no artigo 1754.º do *Codice Italiano*.

<sup>3111</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 458.

<sup>3112</sup> CARLOS LACERDA BARATA, *Contrato de mediação*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, ob. cit., p. 186.

<sup>3113</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, ob. cit., p. 40.

<sup>3114</sup> CARLOS LACERDA BARATA, *Contrato de mediação*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, ob. cit., p. 192.

<sup>3115</sup> Salienta também a neutralidade MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O contrato de mandato*, ob. cit., p. 41.

<sup>3116</sup> O que diferencia o mediador do agente. Neste sentido, cf. CARLOS LACERDA BARATA, *Contrato de mediação*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, ob. cit., p. 221.

<sup>3117</sup> CARLOS LACERDA BARATA, *Contrato de mediação*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, ob. cit., p. 197. O Autor refere, ainda, a páginas 199, a figura da *mediação unilateral*, em que o mediador atua por conta e no interesse exclusivo do comitente.

que pode até ser chamado especificamente por uma das partes<sup>3118</sup>, mas não é auxiliar de cumprimento, porquanto não participa na execução da obrigação, nem tão-pouco, aliás, na celebração do negócio. Apenas se limita a atuar como intermediário entre a empresa e a clientela<sup>3119</sup>.

Assim, os mediadores não são auxiliares, pois o devedor não se obriga a desempenhar certa atividade própria de determinado contrato, obrigando-se somente à mediação ou contato entre pessoas<sup>3120</sup>.

XIX. Apesar de se tratar de um contrato atípico, encontramos alguma regulamentação, relativamente a certos contratos especiais de mediação:

- a) Artigos 289.º e seguintes do CVM, em relação aos mediadores financeiros;
- b) DL n.º 124/89, de 14 de abril, sobre os mediadores de emprego;
- c) DL n.º 110/94, de 28 de abril, sobre os mediadores monetários;
- d) Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro, relativo à mediação imobiliária<sup>3121</sup>;
- e) DL n.º 144/2006, de 31 de julho, referente aos mediadores de seguros<sup>3122 3123</sup>.

XX. Reiterando a afirmação anterior, *em princípio os mediadores não se consideram auxiliares de cumprimento na medida em que, embora possam ser introduzidos por uma das partes, a sua atividade não se insere na realização de uma prestação desta parte*. Em contrapartida, o mediador tem obrigações próprias, atuando como um profissional independente.

---

<sup>3118</sup> Referindo expressamente estas duas modalidades de mediação, cf. FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., pp. 232 e 233.

<sup>3119</sup> Neste sentido, cf. HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 25.

<sup>3120</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>3121</sup> Inicialmente, o contrato de mediação imobiliária estava regulado no DL n.º 77/99, de 16 de março. A nova lei revogou o Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 69/2011, de 15 de junho.

<sup>3122</sup> Inicialmente, a mediação de seguros constava do DL n.º 388/91, de 10 de outubro.

<sup>3123</sup> No que concerne à mediação de seguros, esta abrange, em princípio, três categorias de interventores: a) agente, que propõe e prepara a celebração de contratos, podendo celebrá-los em nome e por conta da seguradora; b) angariador, que apresenta, propõe e prepara a celebração de contratos; c) corretor, que estabelece a ligação entre os tomadores de seguros e as seguradoras, prepara a celebração de contratos e pode celebrá-los em nome e por conta da seguradora.

As considerações anteriores levam-nos a concluir que não se aplica a responsabilidade obrigacional por fato de outrem prevista no artigo 800.º/1 do CC aos seguintes casos:

- a) A companhia aérea não é auxiliar da agência que apenas mediou a viagem, embora já possa ser considerada auxiliar da empresa que organizou a viagem<sup>3124</sup>;
- b) A agência de colocação não responde pela pessoa selecionada para fazer um papel num filme<sup>3125</sup>;
- a) O mediador num contrato de compra e venda não responde, perante qualquer das partes, pelo incumprimento da contraparte.

O mesmo se diga em relação ao agente, que, como já se referiu, não será, em princípio, auxiliar para efeitos do disposto no artigo 800.º, n.º 1, do CC<sup>3126</sup>. Cabe-lhe promover a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, atuando num momento prévio à constituição da obrigação.

XXI. Pode acontecer que as partes, ou a própria lei, estipulem a responsabilidade *del credere*, donde resultará que o mediador e/ou agente irá responder pelo incumprimento da parte que indicou para a celebração do contrato. Porém, estaremos, nessa hipótese, fora do âmbito do artigo 800.º, n.º 1, do CC, uma vez que a responsabilidade *del credere* constitui uma forma de garantia pessoal<sup>3127</sup>.

---

<sup>3124</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 186.

<sup>3125</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 195.

<sup>3126</sup> Também neste sentido, no Direito alemão, cf. CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 350, ao considerar que o agente não é, em princípio, auxiliar na relação das partes contratuais, no âmbito do contrato entre elas intermediado.

<sup>3127</sup> Sobre a questão no artigo 1183.º do CC, cf. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 830 e 831. Especificamente sobre o tema, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre a vinculação del credere*, em *Estudos de Direito das Garantias*, Volume II, ob. cit., pp. 189 e seguintes, salientando que a fonte desta obrigação tanto pode ser a lei, como uma convenção ou os próprios usos. O Autor analisa em especial o problema na perspetiva da comissão constante do artigo 266.º do CCom. Refere ainda, a propósito da responsabilidade “pessoal” do comissário prevista no art. 272.º do CCom,

## XXII. ORGANIZAÇÃO E AGÊNCIAS DE VIAGEM

Dúvidas surgem também a respeito das empresas que organizam viagens, bem como das próprias agências de viagens. Em que medida se pode aplicar a estas o disposto no artigo 800.º/1 do CC?

Sobre esta matéria, são relevantes os seguintes diplomas<sup>3128 3129 3130</sup>:

- a) Diretiva 90/314/CEE, do Conselho, de 13 de julho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados;
- b) DL n.º 198/93, de 27 de maio, revogado pelo DL n.º 209/97, de 13 de agosto, alterado pelo DL n.º 12/99, de 11 de janeiro<sup>3131</sup>;
- c) Atualmente, vigora o DL 61/2011, de 6 de maio.

---

que não se trata aqui de vinculação *del credere*, mas sim de uma “responsabilidade por má gestão”, ou por “culpa in eligendo por parte do comissário” (p. 198). Acerca da natureza jurídica da convenção *del credere*, cf. as pp. 201 e seguintes, onde a caracteriza como uma garantia. Relevante para o tema em estudo é ainda a afirmação, feita na p. 207, de que “através da convenção *del credere*, o comissário se constitui devedor”.

<sup>3128</sup> Sobre o tema: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. Breves notas, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 387-407; RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA, *O consumidor-viajante e as regras do consumo turístico: uma clara visão do mundo ou um mero olhar no espelho de casa?*, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 439-461; JOSÉ MIGUEL DE SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 41 e seguintes.

<sup>3129</sup> Sobre o tema, cf. ainda ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *O contrato de viagem organizada e a protecção do passageiro aéreo*, em AAVV, *Estudos de Direito Aéreo*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 271 e seguintes.

<sup>3130</sup> Sobre o problema no Direito alemão, DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., ponto 712, que consideram que devedor do cumprimento da viagem é o organizador, não se confundindo este com a agência de viagens, que apenas negocia o contrato ou certas tarefas. Já o organizador responde pelos seus auxiliares de cumprimento, como por exemplo a companhia aérea, para o transporte dos viajantes, ou o hotel, para o seu alojamento. Cf. ainda dos mesmos Autores *Schuldrecht II*, ob. cit., pp. 280 e seguintes.

<sup>3131</sup> Sobre este regime, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.10.2009 (Processo n.º 0825935, Relator João Proença, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), onde se considerou que a viagem organizada era definida com base nos seguintes elementos: a) combinação prévia de serviços; b) contratação a um preço com tudo incluído; c) período de duração mínima; d) natureza dos serviços combinados. Cf. também o Acórdão do STJ de 24.06.2008 (Processo n.º 2006/2008-7, Relatora Maria do Rosário Morgado, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), onde se analisou a diferença entre *viagens organizadas* e *viagens por medida*, “que são organizadas pela agência, por iniciativa e a pedido do cliente, o qual normalmente apresenta um esboço daquilo que pretende para que a agência elabore um programa completo, onde sejam contempladas as suas pretensões”. Declarou ainda o STJ que “As agências são responsáveis perante os seus clientes pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes da venda de viagens turísticas.”, acrescentando haver direito “a receber indemnização pelo chamado «dano das férias estragadas»”.

Para o que de momento nos preocupa – ou seja, o conceito de auxiliar, importa atentar no art. 2.º da Diretiva, que define o operador como “a pessoa que organiza viagens organizadas de forma não ocasional e as vende ou propõe para venda, diretamente ou por intermédio de uma agência”, sendo, por sua vez, a agência “a entidade que vende ou propõe para venda a viagem organizada elaborada pelo operador”.

A nível de responsabilidade, o art. 5.º da Diretiva estabelece<sup>3132</sup>:

- a) A responsabilidade do operador ou da agência pela correta execução das obrigações emanadas do contrato;
- b) Uma limitação da indemnização em relação a danos não corporais.

Daqui decorre a responsabilidade solidária dos operadores e agências de viagens, perante o consumidor, pela correta execução das obrigações emanadas deste contrato, sem prejuízo do direito de regresso entre os vários prestadores do serviço<sup>3133</sup>.

A Diretiva impõe assim aos Estados Membros a obrigação de tomar as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência de viagem sejam responsáveis perante o consumidor pela correta execução das obrigações assumidas, independentemente de se tratar de obrigações a serem cumpridas pelos próprios, ou por outros prestadores de serviços<sup>3134</sup>.

A responsabilidade da agência de viagens consubstancia uma situação de *responsabilidade objetiva*, conforme estabelecido no art. 29.º do diploma de 2011, que transpõe a referida Diretiva comunitária:

- a) As agências que organizam viagens respondem, perante os seus clientes, pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes dos contratos de viagem organizada, ainda que os serviços devam ser executados por terceiros e sem prejuízo do direito de regresso
- b) Para as restantes viagens turísticas, o n.º 5 deste preceito determina que apenas respondem pela correta emissão dos títulos de alojamento

---

<sup>3132</sup> Sobre este preceito, cf. JOSÉ MIGUEL DE SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, ob. cit., p. 203. Para uma análise do regime na lei anterior, cf. pp. 203 e seguintes.

<sup>3133</sup> ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *O contrato de viagem organizada e a protecção do passageiro aéreo*, ob. cit., p. 276.

<sup>3134</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, ob. cit., p. 398.

e de transporte e ainda pela escolha culposa das prestações de serviços, quando estas não tenham sido sugeridas pelo cliente

- c) Se a agência intervier apenas como intermediária na venda ou reserva de serviços avulsos solicitados pelo cliente, só responde pela correta emissão dos títulos de alojamento e de transporte (art. 29.º/6).

XXII. Acresce que o artigo 29.º deste diploma estabelece o seguinte:

*1 – As agências são responsáveis perante os seus clientes pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes da venda de viagens turísticas, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.*

*2 – Quando se tratar de viagens organizadas, as agências são responsáveis perante os seus clientes, ainda que os serviços devam ser executados por terceiros e sem prejuízo do direito de regresso.*

*3 – No caso de viagens organizadas, as agências organizadoras respondem solidariamente com as agências vendedoras.*

*4 – Tratando-se de viagens organizadas, a agência não pode ser responsabilizada quando:*

*a) O cancelamento se basear no fato de o número de participantes na viagem organizada ser inferior ao mínimo exigido e o cliente for informado por escrito do cancelamento no prazo previsto no programa;*

*b) O incumprimento não resultar de excesso de reservas e for devido a situações de força maior ou caso fortuito, motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis, alheias àquele que as invoca, cujas consequências não pudessem ter sido evitadas;*

*c) For demonstrado que o incumprimento se deve à conduta do próprio cliente ou à actuação de um terceiro, alheio ao fornecimento das prestações devidas pelo contrato, que a agência não pudesse prever;*

*d) Legalmente não puder ser accionado o direito de regresso relativamente a terceiros prestadores dos serviços previstos no contrato, nos termos da legislação aplicável;*

e) O prestador de serviços de alojamento não puder ser responsabilizado pela deterioração, destruição ou subtracção de bagagens ou outros artigos.

5 – No caso das restantes viagens turísticas, as agências respondem pela correcta emissão dos títulos de alojamento e de transporte e ainda pela escolha culposa dos prestadores de serviços, caso estes não tenham sido sugeridos pelo cliente.

6 – Quando as agências intervierem como meros intermediárias em vendas ou reservas de serviços avulsos solicitados pelo cliente, apenas são responsáveis pela correcta emissão dos títulos de alojamento e de transporte.

7 – Consideram-se clientes, para efeitos do disposto no presente artigo, todos os beneficiários da prestação de serviços, ainda que não tenham sido partes no contrato.

Como salienta Januário Costa Gomes, este é um regime mais penoso para a agência de viagens do que a presunção de culpa do art. 799.º/1 do CC, por se tratar de uma responsabilidade objetiva, nos termos da qual a agência responde “pelo bom resultado da viagem organizada”<sup>3135</sup>. Além disso, o Autor afirma que o art. 29.º constitui um regime especial em relação ao art. 800.º do CC, já que permite ao devedor exonerar-se, provando que os auxiliares não tiveram culpa<sup>3136</sup>.

No entanto, se concordamos com a primeira afirmação, manifestamos já algumas dúvidas em relação à segunda<sup>3137</sup>. Com efeito, o artigo 29.º diferencia entre:

a) Viagens organizadas: as agências vendedoras e as agências organizadoras respondem, em termos solidários, pelo pontual

---

<sup>3135</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, ob. cit., p. 403.

<sup>3136</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, ob. cit., p. 403.

<sup>3137</sup> Já assim no art. 39.º, n.º 2, do DL n.º 209/97. Sobre este, cf. JOSÉ MIGUEL DE SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, ob. cit., pp. 214 e seguintes, afirmando que “A agência organizadora responderá, sem culpa, pelo incumprimento culposos (negligente ou doloso) dos fornecedores de serviços, quer nas situações de não execução de qualquer serviço – falta de cumprimento –, quer nos casos de prestação deficiente ou irregular dos mesmos – cumprimento defeituoso.”.

cumprimento das obrigações resultantes da venda de viagens turísticas, ainda que os serviços devam ser executados por terceiros. Trata-se aqui de um regime de responsabilidade objetiva.

- b) Viagens turísticas, as quais, nos termos do artigo 15.º deste diploma, combinam pelo menos dois dos seguintes serviços (transporte, alojamento ou serviços turísticos não subsidiários do transporte e do alojamento): as agências respondem somente pela correta emissão dos títulos de alojamento e de transporte e respondem, em termos subjetivos, por culpa *in eligendo*.

Portanto, no caso de viagens organizadas, o diploma prevê um regime especial em relação ao artigo 800.º/1 do CC, que se mostra efetivamente mais oneroso para as agências: estas respondem pelo cumprimento de uma obrigação que, à partida, não deveria ser sua. A agência, enquanto intermediária, é chamada a responder pelo resultado da viagem que organizou, i.e., por obrigações que lhe são alheias, e, nesse sentido, concordamos com a afirmação de que o regime é mais penoso. No entanto, não é mais penoso por exceder a presunção de culpa do artigo 799.º CC. A nosso ver, é mais penoso porque impõe às agências obrigações que, *ab initio*, não lhes competem, e que, aliás, não podem estas agências controlar ou sequer intervir na sua execução. Ou, dito por outras palavras, impõe às agências a garantia de uma obrigação alheia.

Por outro lado, não acompanhamos a segunda afirmação, ou seja, de que o devedor se pode exonerar, provando que os auxiliares não tiveram culpa. Com efeito, ao invés, esta configura uma situação de responsabilidade objetiva, sendo que as únicas situações em que a agência se pode liberar da sua responsabilidade são as previstas no art. 29.º/4.

É ainda de salientar a responsabilidade solidária da agência vendedora e da agência organizadora, pelo art. 29.º/3<sup>3138</sup>. Segundo Manuel Januário da Costa Gomes, a responsabilização solidária da agência vendedora ou *tour operator* e da agência de viagens explica-se porque esta atua em nome daquela,

---

<sup>3138</sup> Salientando que, neste ponto, o diploma interno vai além do regime da Diretiva, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e "férias estragadas"*. Breves notas, ob. cit., p. 405.



podendo aquela ser vista como *comitente*, na aceção do art. 500.º do CC<sup>3139</sup>. No entanto, também aqui nos parece que não estará em causa o regime da comissão, porquanto não há a atribuição de uma tarefa, por parte da agência de viagens em relação à agência organizadora.

XXIII. Regressando à questão que nos ocupa, que é a de saber se os prestadores de serviços podem ser considerados auxiliares de cumprimento da agência ou operador de viagem, importa referir a este respeito o Acórdão do TJUE *Leitner*, de 12 de março de 2002<sup>3140</sup>.

O caso era o seguinte<sup>3141</sup>: uma família reservou uma viagem com pensão completa à Turquia, durante a qual uma das filhas do casal sofreu intoxicação devido a salmonelas, provocada por comida fornecida no clube onde estava hospedada. Os clientes pretendiam indemnização por parte da agência de viagens, a qual não respondeu à sua pretensão. Em causa estava saber se a agência respondia pelo dano moral causado pela perda do gozo das férias. Segundo o TJUE, o art. 5.º da Diretiva deve ser interpretado no sentido de abranger, também, os danos morais resultantes da não execução ou da correta execução das prestações incluídas numa viagem organizada<sup>3142</sup>.

Contudo, para o que de momento nos ocupa, há a referir a *qualificação pelo tribunal, como auxiliar, do clube em relação à agência de viagens*.

Parece ir também neste sentido o diploma interno, desde logo com base no artigo 29.º, supra referido: as entidades que executam, materialmente, a viagem, ou que participam nos eventos turísticos que a viagem comporta, são, na aceção deste preceito, auxiliares das agências.

---

<sup>3139</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, ob. cit., pp. 405 e 406.

<sup>3140</sup> Acórdão de 12.03.2002, Processo C-168/00, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47162&pageIndex=0&doclang=PT&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=42031>.

<sup>3141</sup> Sobre o caso, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”*. *Breves notas*, ob. cit., pp. 398 e seguintes.

<sup>3142</sup> Cf. decidido no Acórdão de 12.03.2002.

XXIV. Por último, em relação a este tema parece-nos de realçar o disposto no n.º 7 do artigo 29.º desta lei, onde se prevê a *responsabilidade obrigacional das agências em relação quer à contraparte no contrato, quer ainda em relação a qualquer beneficiário da prestação de serviços*. Por conseguinte, a lei admite a expressa consagração da responsabilidade obrigacional em relação a alguém que à partida não ocupa a posição de credor, mas sendo esta uma pessoa em relação à qual o credor proporcionou as vantagens decorrentes desse contrato.

## XXV. INTERMEDIACÃO FINANCEIRA

Em especial, importa também referir o contrato de intermediação financeira, celebrado entre um intermediário financeiro e um cliente, relativo à prestação de atividades de intermediação financeira, previsto no Capítulo II do Título VI do CVM, ou seja, nos artigos 321.º e seguintes<sup>3143</sup>.

Mostra-se relevante, neste âmbito, o disposto no artigo 324.º do CVM, onde se estabelece a nulidade das cláusulas de exclusão de responsabilidade do intermediário por atos praticados por representantes<sup>3144</sup>:

1 - *São nulas quaisquer cláusulas que excluam a responsabilidade do intermediário financeiro por actos praticados por seu representante ou auxiliar.*

2 - *Salvo dolo ou culpa grave, a responsabilidade do intermediário financeiro por negócio em que haja intervinho nessa qualidade prescreve*

---

<sup>3143</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 573 e seguintes.

<sup>3144</sup> Sobre o tema, cf.: ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. II – Valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados, 7.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2013, pp 117 e seguintes e, especificamente sobre o regime de responsabilidade, pp. 136 e seguintes; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os contratos de intermediação financeira*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, Coimbra, 2009, pp. 277 e seguintes, onde procede à análise dos principais contratos de intermediação: ordens sobre investimentos financeiros, contratos de colocação, contratos de gestão de carteira, consultadoria para investimento, negócios por conta própria. Refere ainda os contratos auxiliares, incluindo: a assistência, o registo e depósito, o empréstimo, a consultoria empresarial e a análise financeira. Cf. ainda: FÁTIMA GOMES, *Contratos de intermediação financeira, sumário alargado*, em AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 565 e seguintes, que reconduz a figura ao contrato de mandato (p. 569). Salienta ainda, na p. 575, a presunção de culpa, constante do art. 314.º/2 CVM, quando os danos sejam causados no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais e sempre que resultem da violação de deveres de informação.

*decorridos dois anos a partir da data em que o cliente tenha conhecimento da conclusão do negócio e dos respectivos termos.*

De acordo com o artigo 321.º CVM, os contratos de intermediação financeira podem respeitar aos serviços previstos nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 290.º e às alíneas a) e b) do artigo 291.º, sendo celebrados com investidores não qualificados e devendo revestir a forma escrita. Assim, estes contratos podem ter em vista:

- a) A recepção e a transmissão de ordens por conta de outrem;
- b) A execução de ordens por conta de outrem;
- c) A gestão de carteiras por conta de outrem;
- d) A tomada firme e a colocação com ou sem garantia em oferta pública de distribuição;
- e) O registo e o depósito de instrumentos financeiros, bem como os serviços relacionados com a sua guarda, como a gestão de tesouraria ou de garantias;
- f) A concessão de crédito, incluindo o empréstimo de valores mobiliários, para a realização de operações sobre instrumentos financeiros em que intervém a entidade concedente de crédito.

O intermediário financeiro pode recorrer a representantes ou a auxiliares de cumprimento, não podendo escusar-se a responder pela atuação destes perante os seus clientes. Portanto, é aqui expressamente afastado o n.º 2 do artigo 800.º do CC.

De referir ainda que, nos termos do artigo 334.º CVM, os intermediários financeiros respondem perante os seus ordenadores:

- a) Pela entrega dos instrumentos financeiros adquiridos e pelo pagamento do preço dos instrumentos financeiros alienados;
- b) Pela autenticidade, validade e regularidade dos instrumentos financeiros adquiridos;
- c) Pela inexistência de quaisquer vícios ou situações jurídicas que onerem os instrumentos financeiros adquiridos.

O regime do art. 324.º CVM, ao estabelecer a nulidade das cláusulas de exclusão de responsabilidade pelos atos praticados pelo representante ou auxiliar emana do art. 305.º CVM mas opõe-se claramente ao art. 800.º/2 do CC<sup>3145</sup>.

## XXVI. ARQUITETO

A doutrina alemã questiona se o arquiteto, que concebe uma determinada obra, responde perante o dono da obra pela atuação daqueles que, materialmente, a irão executar.

Em relação ao arquiteto, Krüger considera que este não responde, perante o dono da obra, pela atuação dos trabalhadores e dos especialistas, uma vez que ele não deve a execução da obra<sup>3146</sup>.

Por seu turno, o dono da obra responde, perante os demais participantes nela, pelo comportamento faltoso do arquiteto que nela tenha introduzido<sup>3147</sup>.

Por outro lado, a jurisprudência alemã já considerou que o dono da obra respondia pelos erros de conceção da obra de um engenheiro, o qual deveria ser qualificado como auxiliar de cumprimento daquele nas obrigações assumidas pelo dono da obra perante o arquiteto<sup>3148</sup>.

XXVII. Ainda Para Krüger, o empresário que organiza um evento desportivo responde, perante os espetadores, pelos danos causados por culpa

---

<sup>3145</sup> Neste sentido, FÁTIMA GOMES, *Contratos de intermediação financeira, sumário alargado*, ob. cit., p. 579 e nota 33.

<sup>3146</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 36.

<sup>3147</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 36.

<sup>3148</sup> Trata-se da decisão do OLG Düsseldorf 17.09.1973, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, Heft 16, pp. 704 e seguintes, em que se discutia a deficiente conceção, pelo engenheiro, de um estudo de estática, admitindo que essa era uma obrigação do dono da obra, para cujo cumprimento este recorreu ao trabalho do engenheiro. Trata-se de uma atividade prévia, sem a qual o arquiteto não pode, de seguida, realizar o seu próprio trabalho. Isso será assim, segundo a perspetiva do tribunal, mesmo que seja o arquiteto a contratar o engenheiro, em nome do dono da obra.

dos atletas<sup>3149</sup>. No entanto, neste ponto será discutível a natureza jurídica desta imputação.

XXVIII. Alguma doutrina alemã considera ainda que, no crédito ao consumo, o vendedor que atua por conta da instituição de crédito, colaborando por ordem deste na entrega do pedido de crédito e na confirmação do mesmo, é auxiliar, para efeitos do § 278 do BGB<sup>3150</sup>. Segundo Krüger, embora seja duvidoso, é de aplicar este regime mesmo para efeito de saber se o auxiliar fez o controlo das qualidades do cliente, nomeadamente quanto a saber se o cliente era ou não digno de crédito<sup>3151</sup>.

XXIX. Nos pagamentos por cheque, o banco sacado é auxiliar do devedor emitente do cheque que pretende cumprir a sua obrigação por este meio<sup>3152</sup>.

XXX. Diversamente, não são em princípio considerados auxiliares certas pessoas ou entidades cuja atividade é *pressuposta* para que o devedor consiga realizar a sua prestação mas que não são por este introduzidas na execução nem realizam, materialmente, parte desta.

P.ex., como já referimos no capítulo anterior, o devedor (vendedor, empreiteiro) não responde pela criação defeituosa da máquina por parte do produtor<sup>3153 3154</sup>. Quanto muito, caso o defeito fosse aparente, responde pela sua própria conduta, pela escolha de um instrumento inadequado.

---

<sup>3149</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 34.

<sup>3150</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 37.

<sup>3151</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 37.

<sup>3152</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 37.

<sup>3153</sup> Sobre a responsabilidade do produtor, cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., pp. 274 e seguintes.

<sup>3154</sup> Porém, como nos dá conta JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 434, nota 310, o BGH decidiu em 7 de julho de 1970 um caso em que uma gralha tipográfica numa obra de medicina originou uma dosagem incorreta do medicamento, com consequente erro de tratamento médico. Não nos foi no entanto possível aceder ao texto da decisão.

Também não são auxiliares os fornecedores do vendedor<sup>3155</sup>.

Ainda assim, Ana Prata manifesta dúvidas quanto a esta questão, referindo a seguinte incongruência: se for o próprio vendedor a fabricar o produto, ele responde pelos defeitos que este apresenta, sendo incoerente considerar que não responde quando a atividade foi executada por um terceiro<sup>3156</sup>. Para a Autora, esta diversidade de tratamento só se justifica se se entender que a responsabilidade do devedor, quando ele mesmo fabrica o bem, tem fundamento diverso do cumprimento defeituoso, porque, se for este o fundamento, então ele deveria responder também quando a produção for feita por terceiro<sup>3157</sup>.

Contudo, a Autora parece acabar por aderir ao entendimento dominante, de que *“o obrigado não responde pelos actos alheios que, constituindo necessário pressuposto do seu cumprimento, sejam realizados com absoluta independência do cumprimento em que o seu resultado vem a ser integrado”*<sup>3158</sup>. Todavia, nota-se aqui alguma hesitação ou mesmo confusão no fundamento da exclusão de aplicação do artigo 800.º, parecendo a Autora duvidar se esse fundamento é a independência da atuação do terceiro – situação que não nos parece de aceitar, dado que o regime do artigo 800.º se aplica mesmo em relação a terceiros independentes – ou, em contrapartida, a ausência de liberdade de opção do obrigado relativamente ao terceiro – posição que também recusamos, pois a liberdade de escolha não é, de igual modo, requisito de aplicação deste preceito<sup>3159</sup>.

---

<sup>3155</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 209 e 210: *“La actividad de esos proveedores se mantiene, pues, en circunstancias normales, en el simple terreno de los meros presupuestos fácticos de la conducta de cumplimiento del vendedor (personal o de sus genuinos auxiliares)”*.

<sup>3156</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 732 e seguintes.

<sup>3157</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 734.

<sup>3158</sup> Sobre esta questão no Direito alemão, conforme o que se disse no capítulo referente ao Direito comparado.

<sup>3159</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 34.

XXXI. Numa época altamente industrializada, pergunta-se ainda *se o devedor responde pelos atos dos fornecedores de água, energia elétrica, internet, etc.*<sup>3160</sup>.

O Autor que mais se dedica a esta questão parece ser Medicus<sup>3161</sup>: Há várias hipóteses a considerar:

*1.ª hipótese:*

A indústria devedora depende do fornecimento público de eletricidade, a qual, por falha própria, corta a energia elétrica e impede o devedor de cumprir atempadamente. Aqui não há responsabilidade obrigacional mas sim caso fortuito, a menos que o devedor tenha assumido, negocialmente, esta responsabilidade<sup>3162</sup>.

Para Jordano Fraga, embora a solução seja também a irresponsabilidade do devedor, o fundamento deveria ser o de que a companhia elétrica não está a realizar a prestação que incumbe ao devedor, pelo que a sua atuação se insere fora do âmbito obrigacional<sup>3163</sup>.

Nalguns casos, pode ser exigível ao devedor que disponha de meios próprios de fornecimento de energia elétrica, p.ex. se os cortes forem frequentes ou previsíveis. Porém, nessa hipótese, a responsabilidade será direta e não por fato de outrem.

*2.ª hipótese:*

É a própria indústria devedora que, nas suas instalações, produz a energia elétrica necessária à sua atividade, pelo que, havendo falha, deve responder a título obrigacional.

Contudo, também aqui não estamos diante de responsabilidade indireta mas antes de responsabilidade por fato próprio do devedor.

---

<sup>3160</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 231 e seguintes.

<sup>3161</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371, sublinhando que não se trata de responsabilidade por garantia, pois o devedor não pretende de modo algum garantir o abastecimento público de energia.

<sup>3162</sup> Em todo o caso, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 371, salienta que depende da interpretação do contrato, em atenção do § 157 BGB.

<sup>3163</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 232.

### 3.<sup>a</sup> hipótese:

A empresa devedora receber energia pública e tem um sistema próprio de fornecimento de energia. Caso ambos falhem, a empresa não deverá responder, já que usou de todos os meios para acautelar essa situação<sup>3164</sup>.

## XXXII. REPRESENTANTE

Para alguma doutrina, não pode ser considerado auxiliar do devedor aquele que atua com poderes de representação, quer no âmbito da representação, quer no âmbito do mandato com representação<sup>3165 3166 3167</sup>. Como sublinha Ferrer Correia, na representação encontramos um “curioso fenómeno de cisão ou dissociação entre a causa e o efeito: a causa (o acto negocial) é posta por uma pessoa (o representante), ao passo que o efeito vai ser directamente recolhido por outra (o representado ou principal)”<sup>3168 3169 3170</sup>.

A ideia subjacente a esta tese é a seguinte: o representante atua em nome do representado, pelo que os efeitos dos atos jurídicos que ele realiza se

---

<sup>3164</sup> DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 372.

<sup>3165</sup> Neste sentido, LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 682.

<sup>3166</sup> Sobre este, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 410.

<sup>3167</sup> Acerca da diferenciação entre representação e mandato, bem como interação entre ambas as figuras, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, ob. cit., pp. 227 e seguintes. Cf. também: PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Autorização*, ob. cit., p. 307; RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, ob. cit., pp. 15 e seguintes; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil (ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 497 e seguintes; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 319; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 476 e seguintes. Cf. ainda: ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume I – Introdução e Parte Geral. Direito das Pessoas, ob. cit., pp. 270 e seguintes; JOSEF HUPKA, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Tradução de Luis Sancho Seral, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, pp. 87 e seguintes.

<sup>3168</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 254.

<sup>3169</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II – Fato jurídico, em especial negócio jurídico, ob. cit., pp. 285 e seguintes.

<sup>3170</sup> Muito embora o termo seja utilizado de forma muito diversificada, como acontece p.ex. no Direito do trabalho em relação aos *representantes dos trabalhadores*. Sobre estes, em especial, cf. LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Sujeitos Colectivos*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, pp. 899 e seguintes.



produzem, diretamente, na esfera jurídica deste<sup>3171</sup>. Na representação verifica-se, assim, um fenómeno de *substituição*<sup>3172</sup>.

Porém, este entendimento não é pacífico, não faltando quem sustente a possibilidade de o auxiliar ser um representante <sup>3173</sup> <sup>3174</sup>, ou um mero colaborador. Assim, por exemplo, Bianca afirma que, por um lado, *“l’adempimento può consistere in un atto giuridico in senso stretto e che si presta quindi ad essere eseguito da un rappresentante del debitore nell’esercizio del suo potere”*, e, por outro, *“In effetti, l’ausiliario di cui si avvale l’obligato per adempiere può essere un rappresentante”*<sup>3175</sup>. Também Mirabelli afirma, sem hesitação, que *“la rappresentanza configuri una ipotesi di sostituzione, se in questa si vede lo svolgimento di una attività nei rapporti che un soggetto ha con altri soggetti, svolta da una persona diversa”*<sup>3176</sup>.

Com efeito, se pensarmos na controversa natureza jurídica do cumprimento<sup>3177</sup>, pelo menos para aqueles que defendam a natureza negocial, o auxiliar teria de ser considerado representante... E, do mesmo modo, seria também auxiliar o representante do devedor.

---

<sup>3171</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 56, referindo, expressamente, que *“La rappresentanza è quindi solo uno dei possibili modi di qualificazione del rapporto tra obbligato e ausiliario”*.

<sup>3172</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 319.

<sup>3173</sup> Assim, ANGELO NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, ob. cit., p. 304.

<sup>3174</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., p. 226. Contudo, note-se que o Autor parece recuar no seu entendimento a páginas 227, quando afirma que o representante é parte em *sentido formal*, encontrando-se numa *“situazione intermedia fra quella di parte in senso sostanziale e quella di terzo (in senso sostanziale)”*.

<sup>3175</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., pp. 454 e p. 461, onde refere expressamente que os poderes de representação podem advir da posição que o auxiliar ocupa na empresa do devedor.

<sup>3176</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni...*, ob. cit., p. 351.

<sup>3177</sup> Sobre a natureza do cumprimento, cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias, ob. cit., pp. 25 e seguintes; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 1 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 181 e seguintes.

XXXIII. De qualquer forma, parece-nos que é de diferenciar o auxiliar do representante<sup>3178</sup>, ainda que este possa nalguns casos integrar a categoria, mais ampla, de auxiliar. O papel do representante é o de participação no âmbito de um negócio jurídico: o representante emite uma declaração negocial, sendo esta uma declaração própria, tanto que pode padecer de vícios próprios. Ele não é parte no negócio, que envolve somente o representado e a contraparte.

A situação é já diversa no caso do mandato sem representação, em que o mandatário efetivamente assume a posição jurídica de parte, ainda que com obrigação de transferência para o mandante<sup>3179</sup>.

A doutrina que estuda o mandato desde cedo se preocupou em delimitar esta figura do contrato de prestação de serviços ou do contrato de trabalho<sup>3180</sup>, considerando que, embora o mandatário preste um serviço ao mandante, há que restringir o seu conteúdo à prática de um ato jurídico, conquanto que o contrato de prestação de serviços visa a prática de uma atividade material, em que os eventuais atos jurídicos assumem um carácter acessório.

Vejamos alguns aspetos de diferenciação face ao auxiliar de cumprimento:

- a) Tanto o representante, como o mandatário, dão origem a uma situação de *interposição de pessoas*, o que não se verifica necessariamente no recurso a auxiliares de cumprimento. Por interposição de pessoas entende-se o caso em que “*alguém, a quem não pertencem os interesses em causa, praticar um acto jurídico em vez do titular desses interesses*”<sup>3181</sup>;

---

<sup>3178</sup> Cf. também DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722, a propósito dos §§ 164 e seguintes do BGB.

<sup>3179</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 411.

<sup>3180</sup> Neste sentido, p.ex., FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., pp. 228 e seguintes.

<sup>3181</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., p. 162.

- b) Tanto na representação, como no mandato, é necessário que esteja em causa a prática de um ato jurídico<sup>3182</sup>, situação que não se verifica necessariamente no caso do auxiliar de cumprimento;
- c) Para além disso, não basta que o terceiro intervenha na prática de um ato jurídico alheio a qualquer título: tem que o fazer *por conta e no interesse alheio* e, tratando-se de mandato sem representação, atuando em nome próprio<sup>3183</sup>;
- d) O representante e o mandatário atuam, em princípio, num momento *anterior* à constituição da obrigação e a sua atuação visa, precisamente, essa mesma constituição, enquanto o auxiliar é introduzido pelo devedor no cumprimento de uma obrigação já existente.

Com efeito, *a principal diferença parece estar ainda no momento de atuação*: o representante, bem como o mandatário, atuam no momento da celebração do negócio ou ato jurídico, sendo o resultado da sua atuação a *criação, modificação ou extinção de obrigações*. Ao invés, o auxiliar atua no momento da execução de uma obrigação previamente existente.

Neste sentido, parece pronunciar-se também Messineo, no Direito italiano, ao afirmar que o representante participa num contrato alheio, contribuindo para a respetiva formação, de modo que a sua missão se esgota com a celebração do mesmo<sup>3184</sup>.

XXXIV. Apesar destas diferenças, a doutrina não parece recusar a qualificação de auxiliar ao representante. Antes pelo contrário, antes parece atribuir-lhe expressamente esta qualidade<sup>3185</sup>.

---

<sup>3182</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 391.

<sup>3183</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., p. 162.

<sup>3184</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., pp. 226 e 227.

<sup>3185</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume IV – Pessoas, ob. cit., p. 682, onde afirma: “A responsabilidade do comitente consta do artigo 500.º, enquanto a do representante deriva do artigo 800.º.”. No mesmo sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 268 e 269: “Já relativamente à situação das

Atualmente, não há assim reserva em considerar o representante voluntário como auxiliar, incluindo-se no terceiro que o devedor introduz no cumprimento, desde logo quando o cumprimento implique a prática de atos jurídicos em sentido estrito ou atos negociais<sup>3186</sup>. Não se mostra necessário proceder a qualquer aplicação analógica do preceito, já que na expressão *peessoas que o devedor utilize para o cumprimento* se deve claramente incluir o representante voluntário, desde que o representante haja sido encarregado pelo devedor de realizar o ato de cumprimento<sup>3187</sup>.

XXXV. Acresce a estas dificuldades a circunstância de nem sempre ser fácil a destrição entre um auxiliar e um representante, até porque, como assinala Von Thur, mesmo o simples mensageiro encarregado de transmitir uma declaração negocial estará, em princípio, autorizado a receber a resposta, donde resultam, inerentes, poderes de representação<sup>3188</sup>.

Com efeito, qualquer uma das partes pode recorrer a terceiros, ditos mensageiros, para a transmissão da respetiva declaração negocial à contraparte. Ora, pelo risco da transmissão, responde o declarante<sup>3189</sup>.

No entanto, as situações são diferentes:

- a) Havendo um representante, o negócio é concluído por este;
- b) O mesmo não acontece em caso de auxiliar que seja um simples mensageiro, ou tão-pouco em caso de atuação de um notário<sup>3190</sup> ou advogado na celebração do negócio<sup>3191</sup>.

---

*peessoas utilizadas para o cumprimento da obrigação, corresponde ela, ao contrário da situação previamente referida, a casos em que o devedor recorre por determinação própria a terceiros, os quais podem ser ou não investidos de poderes de representação, mas que são em qualquer caso utilizados na realização da prestação devida, dilatando-se assim, através desse concurso, a capacidade fáctica de prestar."*

<sup>3186</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 689 e 706.

<sup>3187</sup> Também PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 192, nota 177, afirma que, aos auxiliares, são comumente equiparados os representantes voluntários do devedor.

<sup>3188</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., p. 6, referindo ainda que muitas vezes os próprios auxiliares dependentes do devedor têm este poder, p.ex., de receber declarações negociais por telefone.

<sup>3189</sup> Assim também no Direito alemão, cf. DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

Assim, enquanto o representante emite uma declaração negocial própria, que produz efeitos na esfera jurídica do representado, o auxiliar que seja um mero mensageiro transmite uma declaração negocial alheia, do devedor<sup>3192</sup>.

Admitindo, todavia, que se trata de uma situação que pode por vezes revelar-se de fronteira, Von Thur afirma que “*ciertos principios de la representación se le aplicarán por analogía*” aos auxiliares<sup>3193</sup>.

XXXVI. No Direito alemão, a jurisprudência aceita a responsabilidade própria do representante, quando este, durante as negociações, tenha utilizado uma confiança pessoal que a contraparte em si haja depositado, ou quando tenha um interesse económico próprio na conclusão do negócio<sup>3194</sup>.

Assim, se por exemplo um sócio de uma sociedade comercial – como era o caso que originariamente suscitou a decisão jurisprudencial alemã – propôs a venda da sua participação na sociedade a um terceiro, tendo junto um falso prospeto, com dados incorretos, numa carta pessoal dirigida ao destinatário, aproveitando assim uma confiança pessoal na sua pessoa e tendo posteriormente a sociedade sido declarada insolvente, haverá em princípio apenas responsabilidade do sócio, e não também da sociedade.

---

<sup>3190</sup> Sobre o exercício da função notarial e os princípios aplicáveis a esta atividade, bem como, em especial, a responsabilidade do notário pelo exercício da respetiva atividade, cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direito do Notariado*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume II, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 135 e seguintes. O Autor pronuncia-se ainda, a p. 161, contra a aplicação do regime especial da responsabilidade extracontratual do Estado e pessoas coletivas públicas, atendendo à natureza híbrida da função notarial.

<sup>3191</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., p. 8, afirmando expressamente, na p. 9, que “*Los auxiliares no son autores de la declaración negocial*”.

<sup>3192</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., pp. 9 e 10: “*La transmisión no es una declaración de voluntad del mensajero, sino una operación de hecho*”, salientando ainda que o principal problema coloca-se nas declarações orais, sendo que se deve apenas comunicar algo, é auxiliar, se pode tomar ele mesmo a decisão, ainda que segundo certas instruções, será já representante.

<sup>3193</sup> ANDREAS VON THUR, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III, ob. cit., p. 11, admitindo, por exemplo, que o terceiro exija ao auxiliar uma legitimação escrita para este atuar.

<sup>3194</sup> Neste sentido, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 37.

XXXVII. De todo o modo, as similitudes entre representante e auxiliar são demasiadas para que as possamos ignorar no presente estudo<sup>3195</sup>. Parece ir neste sentido, a respeito do CCI, Bianca, quando afirma que o enquadramento sistemático do artigo 1228.<sup>o</sup> aponta para um princípio comum à responsabilidade pelos atos do auxiliar e à representação: *“il soggetto che crea o attua un rapporto giuridico col terzo attraverso l’attività di un cooperatore che rimane estraneo al rapporto, assume nei confronti del terzo i risultati positivi e le conseguenze dannose di tale attività. In questo senso, gli è imputato il fatto del cooperatore”*<sup>3196</sup>.

A procuração é, como afirma Ferrer Correia, *“todo o acto de concessão de poderes representativos”*<sup>3197</sup>. Trata-se portanto do *“acto pelo qual o representado se vincula, em face de pessoa determinada ou do público, a receber e suportar na sua esfera jurídica os efeitos dos negócios que em seu nome realizar o procurador, nos limites objectivamente assinalados – e, ao mesmo tempo, adquire direito a haver por seus, directamente, esses negócios”*, assim se apropriando, preventivamente, tanto dos efeitos ativos como dos efeitos passivos desses atos<sup>3198 3199</sup>. O ato praticado pelo representante produz directamente os seus efeitos na esfera jurídica do representado<sup>3200 3201</sup>.

Salientamos as seguintes parecenças entre as duas figuras:

---

<sup>3195</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni...*, ob. cit., p. 352, sem abordar esta parecença, refere contudo que *“la rappresentanza in senso proprio si distingue in quanto l’attività viene svolta esclusivamente in nome e nell’interesse del soggetto titolare dell’interesse, e cioè, con l’espressa dichiarazione della alienità dell’interesse che viene regolato, ed in guisa che il soggetto che agisce non assume in nessun momento una propria posizione nei rapporti che tratta né acquista rilevanza un interesse proprio di questo.”*.

<sup>3196</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, ob. cit., p. 454.

<sup>3197</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 255.

<sup>3198</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., pp. 292 e 293. No Direito anterior, cf. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo II, Setima edição aperfeiçoada, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1907, pp. 128 e seguintes.

<sup>3199</sup> Cf. também SIEGMUND SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung. Insbesondere bei Obligatorischen Verträgen*, Teil 1 – Kritik der herrschenden Lehren, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1970, pp. 294 e seguintes.

<sup>3200</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, Terza edizione, Torino, UTET, 1980, p. 350. Nos mesmos termos, conforme o disposto no artigo 1388.<sup>o</sup> do CCI.

<sup>3201</sup> PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A procuração irrevogável*, Coimbra, Almedina, 2012 (reimpressão da edição de 2002), em especial as pp. 44 e seguintes. Cf. também ENZO ROPPO, *O Contrato*, ob. cit., pp. 109 e seguintes.

- a) O representante deve comportar-se objetivamente, perante o terceiro, como tal, desde logo invocando o fato de atuar em nome de outrem<sup>3202 3203 3204</sup>. Do mesmo modo, o auxiliar realiza ou colabora na realização da prestação por conta do devedor, para o que terá de se apresentar nessa qualidade perante o credor, referindo que atua *pelo* ou *para* o devedor<sup>3205</sup>.
- b) O representante carece de uma legitimação, conferida pela lei ou pelo próprio representado, por meio da procuração. Igualmente, o auxiliar apenas o é quando seja introduzido no esquema obrigacional pelo próprio devedor.

Se assim não for, no primeiro caso, poderá ser de aplicar o regime da gestão de negócios, mas não haverá uma repercussão imediata dos efeitos dos atos praticados pelo gestor na esfera jurídica do *dominus*.

- c) A representação voluntária assenta na existência de uma relação subjacente<sup>3206 3207</sup>, que tanto pode ser um contrato de mandato, de sociedade, de trabalho, de prestação de serviços, etc.<sup>3208</sup>. Por seu turno, também o auxiliar celebra um contrato com o devedor, que pode ter a mais variada natureza, mas do qual depende a sua intervenção no esquema obrigacional. Assim, a relação de representação subjaz a uma relação base, entre o representante e o

---

<sup>3202</sup> Trata-se da *contemplatio domini*, como é referido por A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 254.

<sup>3203</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., p. 245.

<sup>3204</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 322.

<sup>3205</sup> A possibilidade de a atuação do representante suscitar um erro na pessoa do terceiro é também de considerar. No *Codice*, o artigo 1391.º determina que “*Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato*”. Portanto, tal estado será aferido na pessoa do representante, e não na do representado. Neste sentido, GIOVANNA VISINTINI, *La Reticenza nella formazione dei contratti*, Pádua, Cedam, 1972, p. 285.

<sup>3206</sup> Assim também PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Autorização*, ob. cit., p. 297; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil*, ob. cit., pp. 945 e seguintes.

<sup>3207</sup> PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A procuração irrevogável*, ob. cit., p. 56 e p. 74.

<sup>3208</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 259.

representado, que determina os termos em que os poderes são exercidos (cf. art. 265.º/1 CC), que, em regra, se reconduz ao contrato de mandato<sup>3209</sup>.

d) A comum responsabilização do representado / devedor perante o terceiro / credor. Ao Direito interessa que o representado fique vinculado pelos atos do representante, assim como que o devedor seja responsável pelos atos do seu auxiliar. O interesse protegido é assim o do terceiro<sup>3210</sup> ou credor.

e) A existência de limites legais à vinculação do representado e do devedor. Com efeito, a regra é a de que o representado fica vinculado pelos atos do representante, na medida em que estes respeitem o conteúdo da procuração.

Do mesmo modo, o artigo 800.º/1 do CC responsabiliza o devedor pelos atos do auxiliar praticados no cumprimento da obrigação. Há assim que delimitar a extensão do âmbito de atuação, quer do representante, quer do auxiliar.

Acresce que, em caso de modificações ou revogação da procuração, o art. 266.º protege os terceiros, semelhante aos §§ 170 a 172 do BGB, com vista à tutela dos terceiros de boa fé. Pode ocorrer uma de duas situações:

- *Procuração tolerada*, em que alguém admite, reiteradamente, que um terceiro arrogue ser o seu representante, levando a reconhecer a este *falso representante* autênticos poderes de representação, para efeitos de proteção dos terceiros<sup>3211</sup>.
- *Procuração aparente*, em que uma pessoa arroga ser o representante de outra, sem conhecimento desta, muito embora o *representado*, se

---

<sup>3209</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 406.

<sup>3210</sup> Neste sentido, A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 268.

<sup>3211</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 414.



tivesse adotado os deveres de diligência que lhe eram exigíveis, pudesse ter tomado conhecimento e impedido a situação<sup>3212</sup>.

Segundo Menezes Cordeiro, o art. 266.º CC não será aplicável a casos em que falte, pura e simplesmente, uma procuração, mesmo que exista uma situação de tolerância ou aparência, pelo que nesse caso a tutela da eventual boa fé do terceiro terá de operar por meio do abuso do direito<sup>3213</sup>.

- f) A necessária vinculação do representado pelos atos praticados pelo representante com abuso dos seus poderes – artigo 269.º CC - a menos que exista má fé do terceiro. Esta situação tem similitude com o artigo 800.º/1 CC, porquanto o devedor responde ainda que o auxiliar, no cumprimento da obrigação, haja desobedecido às suas instruções.

Assim, tal como Ferrer Correia afirma para a representação, “O constituinte, que deu causa à confiança do terceiro na legitimação do procurador para com ele realizar em seu nome aquele determinado negócio, deve responder por esse estado de confiança: deve, pois, ter-se por vinculado a esse negócio jurídico, tal como se em verdade o houvesse querido – ainda que realmente o não quisesse”<sup>3214</sup>.

Ora, do mesmo exato modo, o cumprimento inexato ou em mora realizado pelo auxiliar, mesmo não sendo querido pelo devedor, é como se fosse por este praticado. Daí que o artigo 800.º/1 do CC utilize a técnica da ficção de que o devedor responde como se tivesse sido ele próprio a agir.

Acontece ainda que, na representação, as instruções laterais conferidas pelo representado, pelas quais os poderes do representante sejam limitados, não valem contra o terceiro que as ignorasse sem culpa<sup>3215</sup>. Do mesmo modo, de nada vale ao devedor invocar que deu instruções corretas ao auxiliar: ele continuará responsável pela sua atuação.

---

<sup>3212</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 415. Cf. também RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, ob. cit., pp. 160 e seguintes.

<sup>3213</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., pp. 415 e 416, sublinhando, contudo, a necessidade de “cautela e parcimónia” na concessão de tal tutela.

<sup>3214</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 271.

<sup>3215</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 271.

Em conclusão, “*é sempre o representado quem, deliberadamente, vai suscitar a confiança do terceiro na correspondência à sua vontade da autorização representativa*”<sup>3216</sup>. E o mesmo se pode afirmar no âmbito do artigo 800.º/1 CC: sendo a atuação do auxiliar sempre um resultado da intervenção do devedor, deve ser este a suportar os riscos inerentes a tal atuação.

Assim sendo, parece que se pode concluir que *o representante pode ser um auxiliar do devedor / representado*, mas não o será sempre e necessariamente. Com efeito, tudo dependerá de se preencherem ou não os requisitos de aplicação do art. 800.º/1 do CC, designadamente:

- a) Existência de uma obrigação do devedor;
- b) Introdução do representante, por iniciativa do devedor, na execução de um ato atinente ao cumprimento de tal obrigação, desde logo um ato jurídico.

P.ex., supondo que o vendedor solicita ao advogado, seu mandatário com poderes de representação, que efetue o anúncio para exercício do direito legal de preferência na compra e venda de um determinado imóvel, e que este não coloca devidamente o anúncio (não indica corretamente o bem, por hipótese), o vendedor responde perante a contraparte pelo não cumprimento correto desta obrigação, por culpa do seu auxiliar e aqui também representante.

XXXVIII. Poderá, entretanto, colocar-se a seguinte questão: *serão aplicáveis ao auxiliar, por analogia, algumas das normas que encontramos no âmbito da representação?* Avancemos alguns exemplos de possível aplicação:

- a) No caso de o representado ou o representante se encontrar de má fé, tal fato prejudica o negócio<sup>3217</sup> (art. 259.º CC)?
- b) O terceiro com quem o representante celebra o negócio jurídico tem o direito de exigir que este faça prova dos seus poderes, dentro de prazo razoável (art. 260.º CC)?

---

<sup>3216</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 275.

<sup>3217</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 401.

Não nos parece que estes regimes se apliquem ao auxiliar. Não apenas pelas diferenças, já assinaladas, entre uma e outra figuras, mas também porque não parece haver aqui qualquer lacuna por suprir<sup>3218 3219</sup>: o auxiliar é tratado pela lei, no n.º 1 do art. 800.º CC, como se fosse o próprio devedor: por isso, o regime que se aplica aqui é o regime aplicável ao devedor, e não o que seria aplicável ao representante.

XXXIX. Pergunta-se em que medida deve o representado responder pelos atos do *falso representante*, bem como quanto àquele que, embora tendo poderes de representação, *atua para além dos seus limites*<sup>3220</sup>, questão que pode ser colocada, em termos similares, para o auxiliar.

Em Espanha, Jordano Fraga admite a responsabilidade obrigacional do representado pelos danos sofridos pelo credor que contrata com um auxiliar do devedor / falso representante, danos esses que resultam da consequente *não vinculação* do devedor, com base nos artigos 1259.<sup>º3221</sup> e 1725.<sup>º3222</sup> CCE<sup>3223</sup>. Porém, destaca como elemento essencial da responsabilização do devedor a circunstância de ter sido este a *introduzir, voluntariamente, o auxiliar*, que veio a atuar como falso procurador, nas relações com o (potencial) credor, a que acresce que apenas terá direito a indemnização o credor que se encontre de boa fé<sup>3224</sup>.

---

<sup>3218</sup> Sobre as lacunas e sua integração, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., pp. 433 e seguintes.

<sup>3219</sup> Cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 737 e seguintes.

<sup>3220</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 89 e seguintes.

<sup>3221</sup> Nos termos do qual: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.”.

<sup>3222</sup> O qual estabelece: “El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.”.

<sup>3223</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 89.

<sup>3224</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 90.

Em França, alguma doutrina considera que o representado deve responder, ao abrigo do artigo 1384.º CCF, dando como exemplo de aplicação os casos de administradores ou gerentes de sociedades que tenham abusado da sua assinatura<sup>3225</sup>. Contrariando esta tendência, Becqué assinala que o representante, contrariamente ao *préposé*, não se encontra ligado ao representado por um nexo de subordinação e dependência, o qual seria essencial para a aplicação deste dispositivo<sup>3226</sup>. Considera, por seu turno, que a responsabilidade pelos atos do representante surge como uma *necessidade económica*, imposta pela segurança das relações comerciais.

XL. No caso português, afigura-se que *o falso auxiliar não é auxiliar do devedor, não se aplicando o art. 800.º/1 do CC*. Como argumentos, pode invocar-se o seguinte:

- a) O disposto no artigo 268.º do CC, a propósito do falso representante, uma vez que os atos praticados pelo representante fora dos poderes que lhe hajam sido conferidos não vinculam o representado, a menos que este os ratifique;
- b) O não preenchimento de um pressuposto fundamental para a aplicação do art. 800.º/1, que reside na introdução do terceiro, com vontade do devedor.

Por isso, se o (falso) procurador de um cliente de um banco falsifica uma ordem de pagamento e, na sequência disso, o banco efetua o pagamento, não pode defender-se com o fato de aquela pessoa ser auxiliar do cliente: segundo a doutrina alemã, não se aplica, aqui, o § 278 do BGB<sup>3227</sup>, nem, a nosso ver, o art. 800.º/1 do CC.

---

<sup>3225</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 235.

<sup>3226</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 235.

<sup>3227</sup> RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 84.

XLI. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.06.2013<sup>3228</sup>, foi discutido um caso que envolvia o abuso de poderes por parte do representante: uma sociedade comercial concedeu uma procuração a um sócio gerente, para este vender uma fração de que era proprietária, estabelecendo que o preço não poderia exceder quinze milhões de escudos, o que efetivamente veio a suceder. Contudo, provou-se que o negócio fora afinal celebrado por preço não inferior a 51.000.000\$00.

Assim, em princípio, teria havido, da parte do procurador, abuso na representação, na aceção do artigo 269.º do CC, ao celebrar a venda por valor superior ao determinado na procuração.

Contudo, ficou provado que a outorga da procuração tinha em vista também possibilitar à empresa representada o pagamento do preço de uma cessão de quotas anteriormente efetuada, bem como que a fixação do valor de 15.000.000\$00 tinha por fim evitar o pagamento de impostos. Por isso, o Tribunal afastou a qualificação da situação como sendo de abuso de representação, pois que em bom rigor o procurador atuou tal como o representado pretendia.

Neste caso foi igualmente discutida a condenação da sociedade demandante como litigante de má fé, uma vez que a sentença de primeira instância a condenara por haver deduzido pretensão cuja falta de fundamento não podia ignorar – artigo 456.º, n.º 2, alínea a), do CPC (então vigente).

Todavia, tratando-se de pessoa coletiva, o artigo 458.º do CPC estabelecia que a indemnização recaía sobre o seu representante, que estivesse de má fé na causa. Assim, não seria a própria sociedade o sujeito passivo da obrigação de indemnizar, mas antes o seu representante legal.

XLII. Suponha-se agora que A, empregada doméstica de B, foi ao supermercado fazer compras para a residência deste e saiu sem pagar a

---

<sup>3228</sup> Processo n.º 1986/06.7TVLSB.L1-6, Relatora Fátima Galante, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

conta<sup>3229</sup>. O empregador de A responde pela atuação desta, nomeadamente pelo ilícito que esta cometeu? E, se assim for, qual a base legal para essa imputação?

Neste caso, A atua como representante e mandatária do empregador, pelo que, das duas uma: se atuou em nome próprio, tais atos apenas produzem efeitos na sua esfera jurídica; ao invés, e esta será uma situação rara, se agiu invocando que atuava em nome de B, os atos por si praticados produzem efeitos na esfera jurídica deste.

Em qualquer dos casos, não se poderá aqui aplicar o artigo 800.º/1 CC: A não é auxiliar de B, embora esteja em causa a obrigação de pagamento do preço. Isto porque, para que este dispositivo se aplique, é necessária a pré-existência de uma obrigação, em cujo cumprimento o devedor tenha introduzido o terceiro<sup>3230</sup>. E não, como se vê, a própria constituição da obrigação em si.

De salientar ainda que, se o representante atuar sem poderes, a sua atuação não se repercute na esfera jurídica do *representado*, a menos que este ratifique o ato, nos termos do artigo 268.º CC<sup>3231</sup>. Portanto, em princípio, apenas A responde, por ter atuado em nome próprio.

XLIV. Uma situação intermédia entre o representante e o auxiliar de cumprimento é o caso do *núncio*. Habitualmente, a doutrina define o *núncio* como aquele que “*desenvolve uma pura actividade material de transmissão da declaração de vontade da parte ausente*”<sup>3232</sup> <sup>3233</sup>. O *núncio*, ou mensageiro, é o “*encarregado, por outrem, de transmitir uma declaração negocial já perfeitamente*

---

<sup>3229</sup> A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria de representação voluntária*, ob. cit., p. 259, assume uma posição algo dúbia a respeito de casos deste género, afirmando que “*Se o serviço representa o patrão nas pequenas operações da vida quotidiana, não é porque entre ambos tenha sido tácitamente estipulado qualquer mandato, mas tão só como um desenvolvimento natural da própria relação de serviço doméstico.*”.

<sup>3230</sup> Assim também FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 322: “*Presupposto di tale responsabilità è che sia il debitore a dare al terzo, l’incarico di adempiere, o a chiederne la collaborazione.*”.

<sup>3231</sup> Assim também no § 177 do BGB. Cf. DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722.

<sup>3232</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., p. 241. Cf. também DURVAL A. FONSECA E CASTRO FERREIRA, *Do mandato civil e comercial...*, ob. cit., p. 84.

<sup>3233</sup> Já assim no Direito romano, como assinala A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, ob. cit., p. 101.

*acabada, nos seus aspectos internos e externos: conteúdo e manifestação de vontade*”<sup>3234</sup>. Assim, “O nuncio transmite uma declaração alheia; o representante presta uma declaração própria”<sup>3235</sup>. Note-se ainda que, caso o nuncio não transmita fielmente a vontade do *mandante*, poderá ter aplicação o disposto no art. 250.º CC<sup>3236</sup>.

A intervenção do nuncio cinge-se à forma ou formalização do negócio<sup>3237</sup>.

O nuncio não tem qualquer margem de “*apreciação e resolução pessoal, funcionando, portanto, como instrumento material do dominus negotii – como simples órgão transmissor da sua vontade*”<sup>3238</sup>. Já o representante “*pondera e decide alguma coisa em lugar do representado*”<sup>3239</sup>. Por isso, o erro do nuncio na transmissão da declaração apenas suscita a aplicação do art. 250.º CC<sup>3240</sup>.

Segundo Ferrara, se o (futuro) devedor utiliza um mensageiro para transmitir à contraparte nas negociações a sua declaração negocial, ou um intérprete, e este, por erro<sup>3241</sup>, transmite ou traduz incorretamente a declaração, aquele não responde pelos danos causados. Não haveria, assim, responsabilidade obrigacional por fato de outrem<sup>3242</sup>.

Contudo, não nos parece de acolher esta tese. O nuncio trata-se, nas palavras de Messineo, da forma mais simples de colaboração num contrato alheio, já que se limita a transmitir uma declaração negocial do titular do interesse, consistindo num mero modo de comunicação, e não de emissão de uma declaração negocial, que lhe é alheia e já se encontra devidamente

---

<sup>3234</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 23.

<sup>3235</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 479.

<sup>3236</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 852 e 853.

<sup>3237</sup> EMILIO BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, ob. cit., p. 215.

<sup>3238</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II – Fato jurídico, em especial negócio jurídico, ob. cit., p. 291.

<sup>3239</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 23.

<sup>3240</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 179.

<sup>3241</sup> GIOVANNA VISINTINI, *La Reticenza nella formazione dei contratti*, Pádua, Cedam, 1972, p. 285, assinala que, no *Codice*, o artigo 1391.º determina que “*Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato*”. Portanto, tal estado será aferido na pessoa do representante, e não na do representado.

<sup>3242</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 418.

formada<sup>3243</sup>. O nuncio é, pois, um modo de transmissão<sup>3244</sup>, que não contribui para a formação da vontade do sujeito<sup>3245</sup>.

Não há assim qualquer dúvida de que *o nuncio intervém como auxiliar de cumprimento*<sup>3246</sup>, transmitindo uma vontade alheia, não própria, não tendo qualquer margem de decisão<sup>3247</sup>. Contudo, o nuncio é estranho à manifestação de vontade das partes<sup>3248</sup>. Assim, ainda que haja liberdade de escolha nas palavras, é nuncio, e não representante<sup>3249</sup>.

XLV. Para aferir se se trata de nuncio ou verdadeiro representante será, assim, necessário delimitar o âmbito de liberdade atribuído ao auxiliar para a emissão da declaração negocial<sup>3250</sup>, uma vez que este se encontra ausente no caso do nuncio, que apenas a pode transmitir. Ao invés, o representante terá a liberdade de alterar ou conformar a declaração negocial, passando assim esta a ser a sua declaração<sup>3251</sup>.

XLVI. Conforme decidiu o Tribunal da Relação do Porto no seu aresto de 8 de junho de 2009, “*o "auxiliar" a que o n.º 1 do art. 800º do CC se reporta é alguém introduzido na execução da obrigação por iniciativa própria do devedor, inexistindo qualquer relação específica entre o credor e este terceiro, não se excluindo a possibilidade de uma qualquer relação entre credor, devedor e o terceiro*”<sup>3252</sup>.

No caso em apreço, a seguradora assumira a responsabilidade pela reparação através da reparação *in natura* e invocava que havia transmitido para o empreiteiro responsável pela realização das obras de reparação do imóvel a

---

<sup>3243</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., pp. 276 e 277, onde salienta também a possibilidade de o nuncio ser o recetor de uma declaração alheia.

<sup>3244</sup> LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, s.l., A. Morano Editore, 1940, p. 678.

<sup>3245</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni...*, ob. cit., p. 364.

<sup>3246</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 23.

<sup>3247</sup> Neste sentido, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 399.

<sup>3248</sup> LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 678.

<sup>3249</sup> GIUSEPPE MIRABELLI, *Delle obbligazioni...*, ob. cit., p. 364.

<sup>3250</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 23.

<sup>3251</sup> HELENA MOTA, *Do abuso de representação...*, ob. cit., p. 24.

<sup>3252</sup> Apelação n.º 2016/05.1TVPR.T.P1 - 5ª Secção, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



responsabilidade, não lhe podendo assim ser assacada responsabilidade pela má execução deste proveniente. A seguradora tinha solicitado ao segurado que diligenciasse com vista a obter orçamentos para a reparação, tendo este obtido dois orçamentos de duas empresas especializadas, das quais a seguradora escolheu uma, que indicou ao segurado, para realizar as obras. Dois meses depois surgiram os defeitos e, contactada a seguradora, esta solicitou ao segurado que contactasse diretamente o empreiteiro.

Para o Tribunal, parece ter sido determinante a circunstância de a escolha ter cabido à seguradora:

*“Ou seja, foi a ré quem escolheu e indicou quem era a pessoa que iria proceder às obras de reparação, substituindo os bens danificados, conforme mencionando no ponto 9 dos fatos provados.*

*Daqui resulta que o autor não teve qualquer intervenção na escolha, nem teve qualquer intervenção no acordo que, necessariamente, existiu entre a ré e o referido empreiteiro com vista à execução da reparação.”*

Assim, como a seguradora se socorreu de um terceiro para cumprir as suas obrigações perante o segurado,

*“Por essa razão, o cumprimento defeituoso por parte daquele auxiliar, concernente à má execução da reparação dos danos causados pela inundação e a provocação de novos danos decorrentes dessa mesma deficiente prestação, são directamente imputáveis à ré.”*

XLVII. Por sua vez, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.02.2009<sup>3253</sup>, onde estava igualmente em causa um contrato de seguro, verificara-se que o automóvel objeto do contrato sofrera uma avaria, tendo sido chamado o serviço de assistência em viagem, que o rebocou para local desconhecido, tendo posteriormente entregue a viatura na garagem, com várias anomalias. Assim: *“a Ré Seguradora socorreu-se de terceiros, tanto para o reboque, como para o transporte, que se reconduzem a contratos de prestação de serviço, mais especificamente, ao contrato de transporte”,* pelo que:

---

<sup>3253</sup> Processo n.º 510/06.6TBSEI.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*“Uma vez que a Ré Seguradora serviu-se de terceiros (auxiliares) para realizar a prestação a que estava adstrita, tem directa aplicação o regime do art.800 nº1 do CC sobre a responsabilidade do devedor pelos «actos dos representantes legais ou auxiliares»”.*

Na perspetiva do tribunal,

*“Esta norma, inserida no âmbito da responsabilidade obrigacional, postula o princípio geral da responsabilidade objectiva do devedor perante o credor pelos actos das pessoas que utilize no cumprimento da obrigação, uma vez que o risco resultante da actuação dos auxiliares do cumprimento é atribuído ao próprio devedor.”*

Note-se que, neste caso, a prestação principal do devedor residia somente na prestação de assistência em viagem, mas

*“se o devedor tiver a obrigação de guardar e preservar a coisa também responderá pelo fato dos auxiliares a quem ela foi entregue”*

A responsabilidade objetiva do devedor abarca quer a prestação principal, quer as prestações laterais a que haja lugar. Logo, quando o devedor tenha também a obrigação de guardar uma coisa do credor, se ele lançar mão de terceiros para esse efeito, deve do mesmo modo ser responsabilizado por eventuais danos daí resultantes. Relevante é, pois, na ótica do tribunal, a circunstância de o devedor ter ficado com o *domínio de fato* sobre a coisa do seu credor, impendendo sobre si deveres de guarda e de preservação da sua identidade material.

Relativamente ao problema de saber se o dano deveria ser subjetivamente imputado aos auxiliares, o Tribunal considerou que a divergência doutrinária sobre esta questão acabava por ser irrelevante, porquanto, a ser exigido tal nexu subjetivo, seria o mesmo presumido em relação ao auxiliar pelo artigo 799.º do CC.

I. Como vimos, um dos pressupostos da responsabilidade do devedor pelos atos do seu auxiliar é que este tenha sido introduzido no cumprimento por iniciativa, voluntária, do próprio devedor. Acontece porém que o devedor introduz um auxiliar no cumprimento, o qual, por sua vez, pode introduzir outros terceiros. A intervenção destes terceiros não resulta de, pelo menos, uma direta vontade do devedor.

Destarte, o devedor responde pela atuação do auxiliar do auxiliar, contanto que estivesse de acordo com a sua introdução no cumprimento, o que pode ter acontecido de forma expressa ou tácita, ou quando de alguma forma tivesse de contar com isso<sup>3254 3255 3256</sup>.

II. Esta situação não se confunde com a utilização, ilícita, de auxiliares pelo auxiliar introduzido no cumprimento pelo devedor<sup>3257</sup>. Com efeito, se o devedor proibiu ao auxiliar o recurso a outros auxiliares, havendo incumprimento deste acordo, o devedor responde, igualmente, perante o credor, nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do CC. Ora, foi o devedor quem introduziu o auxiliar e, por isso, assume as consequências da sua atuação, mesmo quando essa atuação desrespeita o acordado<sup>3258</sup>.

III. O devedor responde também pelos atos do auxiliar do seu auxiliar quando lhe tenha facultado ou autorizado, expressa ou tacitamente, a indicação

---

<sup>3254</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 43.

<sup>3255</sup> HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 896.

<sup>3256</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 90.

<sup>3257</sup> Assim também na doutrina alemã, DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, ob. cit., p. 370.

<sup>3258</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 728, nota, assinala que este ilícito contratual se situa nas relações entre o auxiliar e o terceiro, sendo alheio ao credor.

de auxiliares<sup>3259</sup>. Com efeito, os atos do sub-auxiliar são uma consequência da utilização do auxiliar no cumprimento, podendo dizer-se que existe uma “*relação causal*” entre o recurso ao auxiliar e a atuação do auxiliar do auxiliar<sup>3260</sup>.

IV. Entre nós, Ana Prata parece mostrar algumas dúvidas quanto à aplicação do artigo 800.º, n.º 1, do CC ao caso de atuação culposa do auxiliar ao qual o auxiliar escolhido pelo devedor licitamente recorreu. De fato, a Autora afirma que esta situação “*é semelhante*” à prevista no n.º 1 do artigo 800.º, concluindo que, “*embora sem isenção de dúvidas*”, seja de sustentar o “*princípio da responsabilidade do devedor pelos actos dos auxiliares dos seus auxiliares, quando tais actos reunirem os pressupostos da responsabilidade contratual*”<sup>3261</sup>.

Pensamos que estas dúvidas não se justificam no quadro atual. Na verdade, o devedor recorre ao auxiliar e a toda a organização que este possua, pelo que o risco de atuação do auxiliar comporta, igualmente, o risco de recurso a terceiros pelo próprio auxiliar. Assim, a situação está, a nosso ver, diretamente prevista no n.º 1 do artigo 800.º.

V. Segundo Jordano Fraga, o devedor também responde pelos atos do auxiliar do seu auxiliar quando se tenha verificado culpa ou incumprimento deste, i.e., do primeiro auxiliar ou auxiliar de primeiro grau<sup>3262</sup>.

VI. No Direito anglo-saxónico, a propósito da responsabilidade extracontratual, considera-se que, havendo *sub-servants*, todos eles são considerados *servants* do mesmo empregador, pelo menos “*for the purpose of the law relating to vicarious liability*”<sup>3263</sup>. No entanto, a conceção adotada é a de que,

---

<sup>3259</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 161.

<sup>3260</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 729.

<sup>3261</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 730.

<sup>3262</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 161.

<sup>3263</sup> Neste sentido, cf. PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 147.

em bom rigor, não há um subcontrato, mas antes uma co-assunção de responsabilidade por parte do segundo comissário. Ao invés, se se tratar verdadeiramente de um comissário contratado pelo primeiro comissário, será este o responsável pela atuação ilícita daquele, não sendo o empregador principal, em princípio, responsabilizado<sup>3264</sup>.

VII. Poder-se-ia dizer que falha, quanto aos auxiliares de segundo grau, um dos pressupostos que considerámos essencial para a responsabilidade do devedor, ou seja, *não se verifica aqui a intervenção do auxiliar por iniciativa do próprio devedor, mas antes por iniciativa do auxiliar que este introduziu na execução da prestação*.

Talvez por essa razão, Jordano Fraga considera que estaremos ainda diante de uma *“responsabilidad objetiva (y mediata) por el auxiliar de primer grado”* e não *“una responsabilidad inmediata por el subauxiliar, que nunca puede ser considerado auxiliar del deudor”*<sup>3265</sup>.

No entanto, não nos parece que assim seja: ao introduzir o auxiliar de cumprimento, o devedor concede-lhe uma permissão para agir, *no âmbito do cumprimento da obrigação*, donde, se nada for dito em sentido contrário, essa autorização inclui a possibilidade de o próprio auxiliar recorrer, por seu turno, a outros auxiliares. Assim, embora em termos mediatos, a introdução do auxiliar do auxiliar decorre, ainda, da vontade do próprio devedor.

---

<sup>3264</sup> PATRICK SELIM ATIYAH, *Vicarious liability in the law of torts*, ob. cit., p. 147.

<sup>3265</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 166, salientando que *“no se trata de convertir en auxiliar del deudor a quien sins u voluntad no puede serlo”*.



I. O art. 264.º do CC estabelece o seguinte:

1. *O procurador só pode fazer-se substituir por outrem se o representado o permitir ou se a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração ou da relação jurídica que a determina.*
2. *A substituição não envolve exclusão do procurador primitivo, salvo declaração em contrário.*
3. *Sendo autorizada a substituição, o procurador só é responsável para com o representado se tiver agido com culpa na escolha do substituto ou nas instruções que lhe deu.*
4. *O procurador pode servir-se de auxiliares na execução da procuração, se outra coisa não resultar do negócio ou da natureza do ato que haja de praticar.*

Decorre deste preceito:

- a) A possibilidade de substituição, tanto material como jurídica, do procurador, desde que: 1) o representado assim o autorize; 2) a faculdade de substituição resulte do conteúdo da relação jurídica base<sup>3266</sup> <sup>3267</sup>;
- b) A regra é a de que a substituição não exclui o procurador primitivo: o regime supletivo é a substituição com reserva;
- c) A substituição autorizada envolve um *regime especial* em relação ao art. 800.º/1 do CC: enquanto aqui o devedor responde, em termos objetivos, pelo incumprimento da obrigação resultante de atuação de um seu auxiliar ou substituto (material), no art. 264.º/3 o procurador que esteja autorizado a realizar a substituição apenas responde em termos subjetivos, por culpa *in eligendo* ou *in instruendo*;

---

<sup>3266</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 407.

<sup>3267</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., pp. 187 e seguintes.

- d) Independentemente da possibilidade de substituição ou não, o procurador pode recorrer a auxiliares, se outra coisa não resultar do negócio<sup>3268</sup> ou da natureza do ato que haja de praticar<sup>3269</sup>.

II. Vamos centrar a nossa atenção no n.º 3 do artigo 264.º do CC, que estabelece que, sendo o procurador autorizado a fazer-se substituir por outrem, *só é responsável para com o representado se tiver agido com culpa na escolha do substituto ou nas instruções que lhe deu*<sup>3270</sup>.

Trata-se aqui, como parece resultar deste dispositivo, já de uma *substituição jurídica*, e não meramente executiva<sup>3271</sup>.

Como assinala Menezes Cordeiro, este regime afasta-se da regra geral da responsabilidade do comitente, consagrado nos artigos 500.º e 800.º CC<sup>3272</sup>, fixando *“uma regra de mera responsabilidade por culpa in eligendo ou in instruendo”*<sup>3273</sup>. Solução esta que considera ser muito discutível, por contrariar as regras gerais dos artigos 500.º e 800.º do CC<sup>3274</sup>. Segundo este Autor, a tal desvio subjaz *“a ideia de que sendo a procuração (o mandato...) gratuito, o procurador já faz, daí, um favor ao representado: nenhuma razão haveria para o responsabilizar objectivamente por actos do substituto. Mas essa ratio dá a medida dos limites do preceito: quando o negócio-base implique o regime comum do artigo 800.º/1, o procurador primitivo responde, nos termos gerais”*<sup>3275 3276</sup>.

---

<sup>3268</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 408, salienta que se trata aqui do negócio base.

<sup>3269</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 188, assinala que as partes podem afastar esta possibilidade, bem como que a tal se pode opor o próprio negócio base.

<sup>3270</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 353.

<sup>3271</sup> Assim também PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 802.

<sup>3272</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 188.

<sup>3273</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 408.

<sup>3274</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, I Volume (Aspectos Gerais), ob. cit., p. 188.

<sup>3275</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A representação no Código Civil...*, ob. cit., p. 408.

<sup>3276</sup> Acerca dos contratos gratuitos, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 106.



Portanto, este Autor parece convergir para uma interpretação restritiva do art. 264.º/3 CC<sup>3277</sup> <sup>3278</sup>, assente no negócio base da procuração: se este for um mandato gratuito, será de aplicar aquele dispositivo *tout court*; caso contrário, a responsabilidade do procurador rege-se-á nos termos gerais do art. 800.º.

III. Ana Prata acrescenta que, apesar de o artigo 264.º, n.º 3, do CC não o referir, é preciso que exista uma *relação direta* entre o credor e o substituto, pois, de outro modo, não seria o devedor exonerado. Se tal relação não existisse, não poderia o credor exigir ao devedor originário o cumprimento, nem ao terceiro, por com este não ter qualquer relação<sup>3279</sup>... E, de fato, o n.º 2 do artigo 264.º parece depor neste sentido, ao determinar que a substituição não envolve exclusão do procurador primitivo, exceto havendo declaração em sentido contrário.

Se o credor, ao invés, não der o seu assentimento, não há, propriamente, uma substituição, pois nesse caso existem não um mas sim dois devedores<sup>3280</sup>.

Assim, embora não com o mesmo fundamento, concordamos com a afirmação de Ana Prata, de que “a situação prevista no art. 264.º nada tem que ver com o princípio do art. 800.º, n.º 1”. Para esta Autora, é assim porque naquele preceito se tem em vista a celebração de um contrato entre o devedor e o terceiro que diretamente fica vinculado ao credor<sup>3281</sup>. A nosso ver, não será necessariamente assim, já que o credor poderá não dar o seu assentimento a tal situação. Contudo, em qualquer dos casos o relevante é que o devedor, enquanto tal, responde pelo seu incumprimento e, não havendo substituição

---

<sup>3277</sup> Sobre esta, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 424.

<sup>3278</sup> Sobre o elemento telológico da interpretação da lei, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I - Introdução*. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 725 e seguintes.

<sup>3279</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 712.

<sup>3280</sup> Neste sentido, cf. ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 713, embora de forma um pouco confusa, já que refere que embora a situação seja cumulativa, há substituição.

<sup>3281</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 717.

jurídica – precisamente devido à ausência de acordo do credor – responde também pela atuação do “substituto”.

IV. Outro caso especialmente previsto na lei é o da substituição do mandatário, em que o artigo 1165.º CC determina<sup>3282</sup>:

*O mandatário pode, na execução do mandato, fazer-se substituir por outrem ou servir-se de auxiliares, nos mesmos termos em que o procurador o pode fazer.*

O mandato, ou, como alguma doutrina italiana prefere designar, a *rappresentanza indiretta*, não implica necessariamente a existência de poderes de representação<sup>3283</sup>, se bem que requer sempre a atuação por conta do mandante<sup>3284</sup>.

A disposição do art. 1165.º CC tem carácter geral, aplicando-se tanto ao mandato com representação, como ao mandato sem representação: nele se declara expressamente a possibilidade de o mandatário se poder fazer substituir por outrem no cumprimento da obrigação, bem como recorrer a auxiliares, nos mesmos termos em que o procurador. Decorre da remissão para o art. 264.º que a regra é, em princípio, a *não admissão da substituição*, devido ao carácter pessoal do encargo assumido pelo mandatário<sup>3285</sup>.

Menezes Leitão distingue entre<sup>3286</sup>:

---

<sup>3282</sup> Em Espanha, o artigo 1721.º CCE determina o seguinte: “El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1.º Cuando no se le dio facultad para nombrarlo. 2.º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo.”. Este dispositivo prevê expressamente a responsabilidade contratual indireta do mandatário pelos atos dos seus substitutos, contanto que o mandante não haja proibido a substituição, já que, nessa hipótese, haverá já responsabilidade contratual direta. Sobre este, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 317, onde afirma que “Esta es la hipótesis propia de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares”.

<sup>3283</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., pp. 270 e 271.

<sup>3284</sup> FRANCESCO MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo primo, ob. cit., p. 271.

<sup>3285</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 801.

<sup>3286</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 407 e 408.

- a) Substituição do mandatário, que ocorre quando o mandatário encarrega outro mandatário de praticar os mesmos atos jurídicos de que foi encarregado pelo mandante, dando origem a um submandato;
- b) Recurso a auxiliares, que se limitam a colaborar com o mandatário no exercício das suas tarefas.

Nesta ordem de ideias, para que se verifique o recurso a auxiliares, estes deverão encontrar-se submetidos ao mandatário<sup>3287</sup>, coisa que já não se verifica no caso da substituição, em que o mandatário simplesmente “sai de cena”.

V. Januário Costa Gomes considera que, da remissão do art. 1165.º para o art. 264.º, resulta que o mandatário apenas se pode fazer substituir por outrem se<sup>3288 3289 3290</sup>:

- a) O mandante o permitir;
- b) A faculdade de substituição resultar do conteúdo do mandato.

Será assim devido à natureza *intuitu personae* deste contrato<sup>3291</sup>.

Sendo que, na sua perspetiva, o art. 264.º/3 será igualmente aplicável à cessão da posição contratual do mandatário, ainda que a norma contemple, essencialmente, o *submandato*<sup>3292</sup>.

---

<sup>3287</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III, p. 408, refere a relação de trabalho subordinado ou de prestação de serviços, mas parece-nos que o auxílio poderá igualmente ocorrer a título gratuito, sem que tal afete a assunção de responsabilidade por parte do mandatário.

<sup>3288</sup> O artigo 264.º, n.º 3, do CC atual é próximo do artigo 1342.º do CS, nos termos do qual: “O mandatário não pode encarregar a outrem o cumprimento do mandato, se para isso não lhe tiverem sido dados poderes; e se lhe forem dados sem designação de pessoa, responderá pelo substituído, sendo êste notoriamente inhábil ou insolvente.”.

<sup>3289</sup> No projeto de Código Civil, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis*, ob. cit., pp. 225 e seguintes. Veja-se em especial o artigo 9.º: “§ 1.º O mandatário só pode fazer-se substituir por outrem na execução do mandato se o mandante assim o autorizar. § 2.º Na dúvida, a substituição não envolve a transmissão do mandato primitivo, mas constituição de novo mandato, em nome do mandante, de quem o substituto fica sendo também mandatário. § 3.º Achando-se autorizada a substituição, o mandatário só é responsável para com o mandante se agiu com culpa na escolha do substituto ou nas instruções que lhe deu. § 4.º O mandatário pode servir-se de auxiliares na execução do mandato, se outra coisa não resulta deste ou da natureza ou conteúdo do acto ou actos a praticar.”.

<sup>3290</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de mandato*, ob. cit., p. 61, salienta que, apesar da habitual qualificação do mandato como um negócio fiduciário, o *intuitu personae* não será essencial a este contrato.

<sup>3291</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 408.

<sup>3292</sup> Neste sentido, cf. também PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 802.

No mais, não nos parece que haja especificidades quanto ao que já ficou dito em relação ao art. 264.º/3 do CC: havendo substituição, o mandatário responde pela atuação do submandatário mas em termos *atenuados*, já que o art. 264.º/3 apenas reconduz esta responsabilidade à culpa *in eligendo* ou *in instruendo*, sendo que, na perspetiva de Menezes Leitão, se presume a culpa do mandatário na escolha e nas instruções ao submandatário, aplicando-se aqui a presunção do art. 799.º/1 do CC<sup>3293</sup>. O Autor salienta ainda que deverá ocorrer um *alargamento da responsabilidade* em caso de mandato profissional, caso em que o dever de vigilância será mais intenso<sup>3294 3295</sup>.

Já a responsabilidade pelos auxiliares se regerá pelo regime comum, ou seja, o art. 800.º/1 do CC<sup>3296</sup>.

VI. Outro caso é ainda o do contrato de depósito, em que se estabelece:

*Artigo 1197.º*

*Se o depositário, devidamente autorizado, confiar por sua vez a coisa em depósito a terceiro, é responsável por culpa sua na escolha dessa pessoa.*

*Artigo 1198.º*

*O depositário pode socorrer-se de auxiliares no cumprimento das suas obrigações, sempre que o contrário não resulte do conteúdo ou finalidade do depósito.*

Daqui decorre igualmente um regime especial, nos termos do qual:

- a) O depositário pode, por via de regra, recorrer a auxiliares, só não o podendo fazer em casos excecionais, nomeadamente quanto tal resulte do conteúdo ou da finalidade do contrato<sup>3297</sup>;

---

<sup>3293</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 409, salientando, todavia, que “no caso do mandato profissional, parece impor-se ao mandatário um especial dever de vigilância em relação ao substituto, o que poderá justificar um alargamento da sua responsabilidade”.

<sup>3294</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 409, salientando, todavia, que “no caso do mandato profissional, parece impor-se ao mandatário um especial dever de vigilância em relação ao substituto, o que poderá justificar um alargamento da sua responsabilidade”.

<sup>3295</sup> Assim também EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Jose M.<sup>a</sup> Bosch, 1958, p. 307.

<sup>3296</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 409.

- b) O depositário só pode recorrer a um substituto (material ou jurídico) se para tanto obtiver o consentimento do depositante (assim também o disposto no art. 1189.º);
- c) Nesse caso, responde por culpa *in eligendo*.

VII. Seguindo Pires de Lima e Antunes Varela, o art. 1197.º CC é formulado em termos amplos, de forma que inclui tanto a cessão da posição contratual do depositário, como o subdepósito<sup>3298</sup>, ou seja, tanto a substituição jurídica propriamente dita, como a material.

Ora, no caso do depósito, o artigo 1197.º CC apenas admite a culpa *in eligendo* do depositário<sup>3299</sup>, conclusão a que se chega pela comparação com a redação constante do artigo 264.º, n.º 3<sup>3300</sup>.

Porém, se a autorização concedida pelo depositante já continha a indicação do terceiro, a culpa parece ser de ambos, depositante e depositário<sup>3301</sup>.

Note-se que, sendo esta uma previsão de responsabilidade aquiliana, o ónus da prova da culpa do depositário na escolha do terceiro, ou ainda nas instruções que devessem ser dadas<sup>3302</sup>, compete ao depositante (art. 487.º/1 do CC)<sup>3303</sup>.

IX. Por sua vez, a subempreitada encontra-se definida no art. 1213.º, n.º 1, do CC<sup>3304 3305</sup>, norma da qual se retiram os seus pressupostos<sup>3306</sup>:

---

<sup>3297</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 852, dão o exemplo do carácter secreto do depósito.

<sup>3298</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 851.

<sup>3299</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 851.

<sup>3300</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 711, nota 1295.

<sup>3301</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 851.

<sup>3302</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 852.

<sup>3303</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 851.

<sup>3304</sup> Em termos similares, o artigo 1596.º CCE estabelece que “*El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra*”. Assim, o empreiteiro responde pela atuação de todo e qualquer terceiro que utilize na execução da obra, o qual tanto pode ser um prestador de serviços independente, como um trabalhador subordinado. Sobre o tema, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 329 e seguintes.

- a) Existência de um contrato prévio de empreitada;
- b) Celebração de um segundo negócio jurídico, pelo qual um terceiro se obriga, perante o empreiteiro, a realizar toda ou uma parte da obra.

A subempreitada, sendo um subcontrato<sup>3307</sup>, encontra-se ligada, numa relação de dependência unilateral, em face à empreitada<sup>3308</sup>. Nessa medida, não se confunde com certas figuras afins, tais como:

- a) A cessão da posição contratual, em que o terceiro assume a posição do próprio empreiteiro, o qual deixa de estar vinculado;
- b) A co-empreitada, em que um só contrato é celebrado com vários empreiteiros;
- c) O contrato de trabalho;
- d) A cedência de trabalhadores ao empreiteiro.

Na subempreitada, o subempreiteiro toma “a posição do empreiteiro na execução da obrigação principal”, fazendo-o nos mesmos termos que o empreiteiro<sup>3309</sup>.

Para Carvalho Fernandes, não existe ação direta entre o dono da obra e o subempreiteiro, com os seguintes argumentos<sup>3310 3311</sup>:

- a) Vigência do princípio da relatividade dos contratos, não excecionado no regime da empreitada;
- b) O artigo 1226.º parte do pressuposto da inexistência de ação direta.

O subempreiteiro, contrariamente ao trabalhador, atua com autonomia em relação ao empreiteiro, encontrando-se adstrito a uma obrigação de resultado<sup>3312</sup>.

---

<sup>3305</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., pp. 486 e seguintes.

<sup>3306</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., p. 115.

<sup>3307</sup> Assim, PEDRO DE ALBUQUERQUE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Volume II – Contrato de empreitada, ob. cit., p. 326.

<sup>3308</sup> Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 86.

<sup>3309</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Volume II – Contrato de empreitada, ob. cit., p. 327.

<sup>3310</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., pp. 94 e seguintes. Sobre um caso específico de responsabilidade no âmbito do contrato de empreitada, cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, ob. cit., pp. 5 e seguintes.

<sup>3311</sup> Sobre os direitos do dono da obra e a sequência do seu exercício, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.05.1978, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, 2.º Volume, 1978, pp. 841 e seguintes.

Por força da remissão do art. 1213.º/2 para o art. 264.º/1 CC, a subempreitada é, em princípio, livre, não carecendo de autorização do dono da obra, desde que tal faculdade resulte do conteúdo do contrato principal ou seja necessária para a execução da obra. Assim, em princípio é livre desde que esteja em causa<sup>3313 3314</sup>:

- a) A execução de tarefas especiais, que não estejam ao alcance do empreiteiro<sup>3315 3316</sup>;
- b) Quando se trate de tarefa fungível.

Tem-se entendido que a autorização para celebrar a subempreitada não carece de estar expressa no contrato, pois pode resultar dos usos, nomeadamente quando se trate de atividade de especial técnica e fora do alcance do empreiteiro, em que haverá uma “*autorização implícita para a subempreitada*”<sup>3317</sup>.

Contudo, tratando-se de uma situação em que não seja permitido ao empreiteiro celebrar a subempreitada, a sua celebração dá origem a responsabilidade obrigacional do empreiteiro perante o dono da obra<sup>3318</sup>.

O empreiteiro – bem como o subempreiteiro – é responsável pela atuação das pessoas que emprega na execução da obra, quer sejam trabalhadores, quer subempreiteiros, mantendo-se tal responsabilidade “*mesmo na hipótese de o*

---

<sup>3312</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., p. 119.

<sup>3313</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., p. 122.

<sup>3314</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., p. 880.

<sup>3315</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, ob. cit., pp. 880 e 881, referindo haver aqui uma *autorização implícita*.

<sup>3316</sup> Assim também PEDRO DE ALBUQUERQUE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Volume II – Contrato de empreitada, ob. cit., p. 328, referindo a possibilidade de tal ser necessário para a execução do contrato. Os Autores referem que a jurisprudência nacional tem admitido a existência de “*uma espécie de habilitação tácita (na falta de habilitação expressa) de recurso a subempreiteiros*”, exceto quando se demonstre a infungibilidade da prestação.

<sup>3317</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 487.

<sup>3318</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, ob. cit., p. 487.

*subcontraente ter escondido a falta de modo doloso*<sup>3319</sup>. E responde pelo art. 800.º/1 do CC<sup>3320</sup>, inclusivamente pela atuação do próprio subempreiteiro<sup>3321</sup>.

X. O empreiteiro responde pelos danos causados à contraparte, em termos obrigacionais, o que implica, em princípio, uma atuação culposa (cf. artigo 798.º do CC). Contudo, também pode responder em termos objetivos, designadamente nos termos do artigo 800.º do CC, pelos atos das pessoas que utiliza para a execução dos trabalhos, como p.ex. trabalhadores ou subempreiteiros<sup>3322</sup>. Assim, *Em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso imputável ao subempreiteiro, a responsabilidade perante o dono da obra recai sobre o empreiteiro, mesmo na hipótese de o subcontratante ter escondido dolosamente a falta*<sup>3323</sup>. No entanto, se a obra for apresentada ao dono da obra e este com ela concordar, tal isenta o empreiteiro de responsabilidade pela atuação dos subempreiteiros, designadamente por culpa *in elegendo, in instruendo ou in vigilando*, nos termos do artigo 264.º, n.º 3<sup>3324</sup>.

No conceito de auxiliares constante do n.º 2 do artigo 1213.º CC incluem-se quer os subempreiteiros, quer os chamados *tarefeiros*<sup>3325</sup>. O recurso a este tipo

---

<sup>3319</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., p. 182.

<sup>3320</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Volume II – Contrato de empreitada, ob. cit., p. 332.

<sup>3321</sup> Tal como decidido pelo STJ no seu Acórdão de 09.12.2004 (Processo n.º 05B1424, Relator Oliveira Barros, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)): “Assim conservados pelo dono da obra todos os seus direitos em relação ao empreiteiro, é sobre este que impende a responsabilidade perante aquele pela correcta execução do contrato por eles celebrado, e, por conseguinte, por todos os danos que nesse âmbito, isto é, no cumprimento de obrigação do empreiteiro, em que se incluem deveres acessórios de protecção ou conservação, ocorram em bens do dono da obra (dano de obra), sendo, em vista do disposto no art. 800º C.Civ., responsável objectivamente pelas pessoas por ele utilizadas no cumprimento da sua obrigação.”. O Tribunal qualificou a subempreitada como um subcontrato, no qual inexistem relações diretas entre o subempreiteiro e o dono da obra, aplicando aqui o disposto “no art. 800º, de que resulta insofismável que o empreiteiro é responsável objectivamente pelas pessoas por ele utilizadas no cumprimento da sua obrigação”.

<sup>3322</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade Civil do Empreiteiro por danos causados a terceiros na execução da obra*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Volume I, Lisboa, 2000, pp. 787 e 788.

<sup>3323</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade Civil do Empreiteiro por danos causados a terceiros na execução da obra*, ob. cit., p. 788.

<sup>3324</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 96, considerando que, se assim não fosse, haveria uma situação de *venire contra factum proprium* do dono da obra.

<sup>3325</sup> Neste sentido, cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, em *Revista Direito e Justiça*, Volume XII, Tomo I, 1998, p. 79. Para este Autor, os *tarefeiros* são “incumbidos de realizar, em mais estreita colaboração com o empreiteiro, obras ou tarefas menos extensas e, normalmente,



de auxiliares pode dever-se tanto às especificidades de organização do empreiteiro, como à necessidade de cumprir exigências técnicas.

O subempreiteiro, bem como o tarefeiro, são terceiros em relação ao contrato de empreitada, sendo o dono da obra alheio ao contrato que celebram com o empreiteiro<sup>3326</sup>.

O artigo 1213.º, n.º 2, contém uma remissão para o artigo 264.º, pelo que:

- a) O empreiteiro apenas se pode fazer substituir por outrem se o dono da obra o permitir ou se a faculdade de substituição resultar da relação jurídica;
- b) A substituição não envolve exclusão do empreiteiro, a menos que as partes assim o determinem;
- c) Se o dono da obra autorizar a substituição, o empreiteiro apenas responde por culpa *in eligendo* ou *in instruendo*;
- d) O empreiteiro pode servir-se de auxiliares na execução da obra, a menos que coisa diversa resulte da relação jurídica.

No que concerne à remissão para o n.º 1 do artigo 264.º, afigura-se que a empreitada não se apresenta, em regra, como um contrato *intuitus personae*, o que decorre desde logo do regime presente no artigo 1230.º, na medida em que a morte ou incapacidade do empreiteiro apenas relevam como causa de extinção do contrato se tiverem sido tomadas em consideração na celebração do mesmo<sup>3327</sup>.

Para além disso, a referência ao *conteúdo do contrato ou da relação jurídica* mostra que muitas vezes, “quando a qualidade dos trabalhos a executar, por razões de ordem técnica ou outras, não estejam ao alcance do empreiteiro ou, ainda, quando da lei ou dos usos resulte a necessidade de os trabalhos serem feitos com intervenção de terceiros”<sup>3328</sup>. Por isso, não tem de haver necessariamente autorização do dono

---

*delimitadas por referência a certas profissões ou mesmo categorias profissionais”, enquanto aos subempreiteiros seriam atribuídas as “obras de maior vulto”, que exigiram mais qualificações e especificações. Porém, afigura-se que esta diferenciação não será relevante, pelo menos para efeitos de responsabilidade por fato de outrem.*

<sup>3326</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 81.

<sup>3327</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 83.

<sup>3328</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 83.

da obra, desde logo quando a necessidade de recurso aos substitutos resulte da própria natureza da obra, que o exige.

Todavia, o dono da obra pode demonstrar – e tem o ónus de o fazer – que a obrigação do empreiteiro é infungível, nos termos do artigo 767.º, n.º 2, do CC<sup>3329</sup>.

Se o dono da obra escolheu, ele próprio, o terceiro subempreiteiro, então não se deverá em princípio aplicar a responsabilidade por culpa *in eligendo* prevista no n.º 3 do artigo 264.<sup>o3330</sup>.

Romano Martinez salienta aqui o carácter objetivo da responsabilidade do empreiteiro, já que este responde mesmo que tenha agido com diligência na escolha e nas instruções dadas – cf. art. 800.º/1 CC, porquanto<sup>3331</sup>:

- a) O empreiteiro beneficia com a atuação dos terceiros, logo, deve suportar também os prejuízos;
- b) O dono da obra não deve suportar as consequências da atuação dos terceiros contratados pelo empreiteiro, i.e., deve ficar na mesma situação em que estaria se a prestação tivesse sido totalmente realizada pelo empreiteiro;
- c) A responsabilidade objetiva do empreiteiro é sociologicamente vantajosa, contribuindo para minimizar os danos.

Porém, não acompanhamos o Autor quando afirma que *“Para haver responsabilidade objectiva do empreiteiro, torna-se necessário que sobre o subempreiteiro ou sobre o trabalhador também recaia a obrigação de indemnizar pelos mesmos danos. Esta responsabilidade do trabalhador e do subempreiteiro pode encontrar fundamento na culpa, como no risco, como ainda em intervenções lícitas danosas”*<sup>3332</sup>.

Com efeito, tratando-se de responsabilidade obrigacional, pelo art. 800.º, n.º 1, do CC, o terceiro não assume uma obrigação própria, pelo que terá necessariamente de responder, ele mesmo, pelo dano. Isso poderá acontecer, se

---

<sup>3329</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 84.

<sup>3330</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Da subempreitada*, ob. cit., p. 85.

<sup>3331</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., pp. 182 e 183. Sobre o tema, cf. também ROSENDO DIAS JOSÉ, *Responsabilidade civil do construtor de imóveis*, Lisboa, Livraria Petrony, 1981, pp. 9 e seguintes.

<sup>3332</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, ob. cit., p. 183.

a falta do terceiro consistir num fato ilícito, na aceção do art. 483.º/1 do CC, mas não é necessário que tal se verifique para aplicar o art. 800.º.

Também pode acontecer que a responsabilidade do empreiteiro se verifique em relação aos próprios trabalhadores da obra, devido a acidentes de trabalho nela ocorridos<sup>3333</sup>. Trata-se, neste caso, de responsabilidade extracontratual, pelo menos para Romano Martinez, que os considera danos *extra rem*, ainda que o fato gerador se relacione com o incumprimento do contrato, porquanto o que estará em causa será a violação de um direito absoluto<sup>3334</sup>.

Neste sentido, veja-se ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26.01.2006<sup>3335</sup>, no qual se considerou que, caso o empreiteiro subcontrate um subempreiteiro, tal alarga a sua esfera de risco, tornando-se responsável pelo atos deste nos termos do artigo 800.º/1 do CC. A expressão utilizada é a de que o *“empreiteiro alarga o âmbito da sua actividade e, conseqüentemente, há que suportar o respectivo risco”*. Tratava-se de uma situação em que o lesado vira o seu automóvel danificado pelas obras de um prédio vizinho, tendo por isso acionado o respetivo empreiteiro. O Tribunal considerou que a atividade do subempreiteiro preenchia o disposto no artigo 493.º, porquanto se tratava da pintura de um gradeamento com pistola de tinta. De seguida, refutou a aplicação do artigo 500.º - *“pois falham os respetivos pressupostos, desde logo o poder de direção”* - passando de seguida para a aplicação do artigo 800.º, não cuidando de verificar que o credor era o dono da obra... e não o seu vizinho. O Tribunal não encontra, porém, qualquer melindre em afirmar que aquele era um dano perfeitamente previsível e que a empresa tinha o dever de evitar os danos *“em terceiros”*.

---

<sup>3333</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade Civil do Empreiteiro por danos causados a terceiros na execução da obra*, ob. cit., pp. 791 e seguintes.

<sup>3334</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade Civil do Empreiteiro por danos causados a terceiros na execução da obra*, ob. cit., p. 792.

<sup>3335</sup> Processo n.º 2292/05-3, Relator Gaito das Neves, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

XI. Uma situação especialmente prevista na lei é a da substituição do usufrutuário, no art. 1444.º, n.º 1, do CC<sup>3336</sup>: a lei determina neste caso que o usufrutuário responde pelos danos que as coisas padecerem por culpa da pessoa que o substituir.

XII. Outro caso é o testamentário, previsto no artigo 2334.º CC.

A testamentaria encontra-se prevista nos artigos 2320.º e seguintes do CC, consistindo na nomeação, pelo testador, de uma ou mais pessoas que *fiquem encarregadas de vigiar o cumprimento do seu testamento, ou de o executar, no todo ou em parte*<sup>3337</sup>. Em causa pode estar qualquer atividade relacionada com o testamento, incluindo os deveres dos herdeiros (artigos 2265.º e seguintes do CC) ou das pessoas mencionadas no artigo 2282.º/2 do CC<sup>3338</sup>.

O testador – contrariamente ao procurador – tem de ter *plena capacidade jurídica* (art. 2321.º CC).

Competem-lhe funções de *execução do testamento*, destacando-se neste âmbito o cumprimento dos legados e outros encargos, autonomizado no art. 2327.º do CC.

Relevante mostra-se ainda o disposto no art. 2332.º do CC, na medida em que o testamentário pode ter de responder pelos prejuízos causados a herdeiros e legatários. Contudo, o preceito não se afasta da regra geral, admitindo somente a responsabilidade a título subjetivo.

Por fim, a norma que interessa em particular ao nosso estudo é o art. 2334.º do CC, onde se consagra a intransmissibilidade da testamentaria, nem por vida nem por morte, não podendo o testamentário *delegar* o seu exercício. Ao invés, pode servir-se de auxiliares, nos mesmos termos que o procurador.

---

<sup>3336</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 313; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 747; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, ob. cit., p. 473; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., p. 421; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 354.

<sup>3337</sup> Sobre o tema, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume VI (Artigos 2024.º a 2234.º), Coimbra, Coimbra editora, 1998, pp. 502 e seguintes.

<sup>3338</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume VI (Artigos 2024.º a 2234.º), ob. cit., p. 504.

A expressa proibição de substituição fundamenta-se no “*carácter acentuadamente pessoal do cargo*”<sup>3339</sup>.

A referência à delegação parece aqui dirigir-se à proibição de *substituição material*, uma vez que a substituição jurídica já estará abrangida na primeira parte do preceito, quando se proíbe a transmissibilidade.

XIII. Finalmente, refira-se também o contrato de transporte, em que é frequente o recurso ao subtransporte. Sendo celebrado este subcontrato, daí resulta que<sup>3340 3341</sup>:

- a) O transportador responde, perante o carregador ou passageiro, pela totalidade da operação de transporte, não obstante não ser este a executá-la integralmente;
- b) Paralelamente, o transportador celebra outros contratos de transporte, com terceiros, para executarem, materialmente, uma parte ou a totalidade da operação.

Assim se decidiu no Acórdão do STJ de 20.02.2014<sup>3342</sup>, estava em causa um contrato de compra e venda, com obrigação de transporte da mercadoria até às instalações do comprador: “*Estando a vendedora (ré) vinculada a entregar a mercadoria ao destinatário nos termos acordados (arts. 406.º e 761.º, do CC), e tendo para o efeito utilizado os serviços de transporte de uma sociedade, responde perante aquele pelos fatos geradores de responsabilidade cometidos pela transportadora tal como se fosse ela própria, a cometê-los, nos termos do art. 800.º, n.º 1, do CC, sendo que o terceiro (transportadora) responde, não perante o comprador, mas perante o vendedor, que contratou os seus serviços.*”.

As partes na ação eram as seguintes: como autor surgia o comprador, sendo a 1.ª ré a vendedora e a 2.ª ré a empresa que procedera à importação da

---

<sup>3339</sup> Assim, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume VI (Artigos 2024.º a 2234.º), ob. cit., p. 519.

<sup>3340</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 744.

<sup>3341</sup> JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 745, salienta que o subtransporte não se confunde com o transporte multimodal, através do qual vários transportadores cooperam para o objetivo comum, geralmente, por meios de transporte diversos.

<sup>3342</sup> Processo n.º 10737/08.0TBVNG.P1.S2, Relator João Trindade, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

máquina da Turquia, tendo o contrato, alegadamente, sido celebrado com ambas as rés. A 3.<sup>a</sup> ré era a seguradora, que tinha celebrado contrato com a 2.<sup>a</sup> ré. Foi deduzida a intervenção a título principal da transportadora, mas o tribunal considerou-se incompetente em razão da matéria para tal pedido.

Em 2007, a autora iniciara o procedimento de aquisição de duas máquinas, para o que contactou a 1.<sup>a</sup> ré, tendo sido celebrado o contrato em janeiro desse ano. A máquina foi entregue apenas em novembro de 2007, tendo sido transportada da Turquia para Portugal num contentor *open top* (devido à altura da máquina) e ficado danificada durante o transporte, por não ter sido devidamente carregado. A transportadora foi contratada pela 2.<sup>a</sup> ré, tendo a própria transportadora subcontratado o serviço a uma outra empresa.

A primeira instância julgou a ação totalmente improcedente, considerando que os danos teriam sucedido devido a ação de terceiro, o transportador, pelo que não poderia ser assacada responsabilidade ao vendedor.

Pelo contrário, a Relação do Porto deu parcialmente provimento à ação, condenando as 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> rés, solidariamente, a proceder à substituição da máquina vendida e ao pagamento de uma indemnização.

A 1.<sup>a</sup> ré alegava, em sua defesa, não ter qualquer culpa no aparecimento do dano, que fora exclusivamente resultante da ação do transportador, sendo que invocava não poder prever nem controlar esta situação, uma vez que os danos teriam resultado de um mau acondicionamento da mercadoria na viagem da Turquia para Portugal. Por sua vez, o comprador sustentava a aplicação do artigo 800.º, n.º 1, do CC, com vista a responsabilizar quer a 1.<sup>a</sup>, quer a 2.<sup>a</sup> rés.

O STJ, embora tenha concluído pela responsabilização do vendedor, tomou esta decisão de forma que não se revela totalmente compreensível. Com efeito:

- a) A condenação atinge quer a vendedora (1.<sup>a</sup> ré), quer a importadora da máquina (2.<sup>a</sup> ré), sendo que esta última, tanto quanto parece resultar

dos autos, não celebrara qualquer contrato com a autora e teria sido esta 2.<sup>a</sup> ré a contratar a transportadora;

- b) Nota-se a total ausência de análise dos pressupostos do artigo 800.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do CC;
- c) Designadamente, a introdução voluntária do terceiro por parte do devedor (1.<sup>a</sup> ré) merecia, a nosso ver, mais atenção, ainda que a solução final pudesse ser a mesma.

A dada altura, o STJ considera: *“Não tendo sido estipulado o lugar a entrega da máquina teria que ser efectuada nas instalações da A., e em boas condições, o que não aconteceu. É sobre o vendedor que recai a obrigação de entregar a coisa vendida ao comprador (art.<sup>o</sup> 879, al. b), do CC), mesmo que para tanto utilize um terceiro a quem, por sua vez, adquire a coisa que vende (art.<sup>o</sup> 800.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do mesmo código)”*. Por conseguinte, afigura-se que, na perspetiva do Tribunal, apenas a vendedora (1.<sup>a</sup> ré) deveria ter sido condenada, pois que apenas esta contratara com o autor e a 2.<sup>a</sup> ré teria sido, por sua vez, um auxiliar introduzido por iniciativa do devedor. Ao invés, porém, a condenação atinge tanto a 1.<sup>a</sup> como a 2.<sup>a</sup> rés... Com efeito, segundo o STJ, *“não restam dúvidas que nos termos do 800.<sup>o</sup> do Código Civil impende sobre as Rés BB, Ld<sup>a</sup> e CC a responsabilidade pela entrega de um produto defeituoso”*.





## Atos praticados no cumprimento da obrigação

### *O fato ilícito: violação de qualquer dever obrigacional*

I. O devedor responde pelos atos do auxiliar praticados na execução de qualquer obrigação, principal, secundária. Apesar de o artigo 800.º se referir aos *atos praticados no cumprimento*, o devedor é também responsável pelas *omissões ou abstenções* do substituto, auxiliar ou representante legal<sup>3343</sup>.

Pode no entanto questionar-se se o devedor responde igualmente pela inobservância dos deveres acessórios<sup>3344 3345 3346</sup>, que se encontrem no âmbito da relação obrigacional em causa<sup>3347</sup>.

A obrigação é hoje, reconhecidamente, uma “*realidade complexa*”<sup>3348 3349</sup>, que integra um conjunto de elementos autonomizáveis, podendo qualquer um

---

<sup>3343</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 145.

<sup>3344</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 97; RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 88.

<sup>3345</sup> Respondendo negativamente, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 270, considera que a questão não tem uma resposta definitiva, devendo ser decidida caso a caso: “No entanto, uma vez que a violação dos deveres acessórios pode corresponder à tutela de situações jurídicas variadas, enquadráveis na denominada «terceira via da responsabilidade civil», e uma vez que, entre nós, o art. 500º, ao contrário do que sucede no direito alemão, permite igualmente estabelecer uma responsabilidade objectiva por fato de terceiro, parece preferível considerar estar-se perante uma lacuna a integrar caso a caso, consoante o que pareça mais adequado à situação em questão.”.

<sup>3346</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 21, alínea a), salientando em especial os deveres de proteção e guarda, que, no Direito alemão, são objeto de uma especial extensão, na medida em que o dever de não lesar os bens jurídicos da contraparte é considerado compreendido nos deveres contratuais.

<sup>3347</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 304, referindo que responde por “*tout fait relatif à la execution de l'obligation*”, e “*non seulement ceux qui concernent l'acte même d'execution, mais ceux qui y concourent directement, comme par exemple ceux qui ont trait à la garde, à la conservation, à la livraison, au transport de la chose due (...)*”.

<sup>3348</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 319 e seguintes.

<sup>3349</sup> Já assim, cf. RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 65, fazia o contraste entre a visão simples da obrigação, proveniente do Direito romano, e a conceção moderna, com origem na doutrina alemã, que assinala todos os vínculos derivados da obrigação, como unidade funcional. A ligação entre todos estes vínculos evidencia a finalidade de obtenção de um objetivo comum a todos, sendo a obrigação vista como um *sistema* ou *organismo*. Cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, Volume I, ob. cit., pp. 122 e seguintes e FERNANDO NORONHA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 91 e seguintes; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 36; ANA

deles dar origem à responsabilidade obrigacional. Para além do dever principal, há que considerar o cumprimento de outros deveres de prestação, “*que se encontram numa relação de acessoriedade com a prestação principal*”, bem como dos deveres que “*constituem um sucedâneo ou complemento da prestação principal, ocorrida uma vicissitude desta que justifique o seu aparecimento*”<sup>3350</sup>. A delimitação da obrigação é, portanto, essencial para aferir da responsabilidade do devedor<sup>3351</sup>. Com Menezes Cordeiro, pode afirmar-se que “*a obrigação é um (pequeno) sistema que unifica, em torno de um ponto de vista unitário, as diversas prestações que o sirvam*”<sup>3352</sup>. A prestação principal e as prestações secundárias integram assim o “*dever de prestar, em sentido próprio*”<sup>3353</sup>, mas, para além delas, encontram-se em cada obrigação deveres acessórios, provenientes da boa fé<sup>3354</sup>.

II. Segundo Pires de Lima e Antunes Varela, há que fazer a ligação do artigo 800.º/1 do CC ao tipo de prestação. Assim, tratando-se de obrigação pecuniária, decorre do artigo 774.º a natureza de dívida *portable*, o que significa que a obrigação apenas se considera cumprida quando o devedor, ou alguém no seu lugar, colocar a prestação em poder do credor<sup>3355</sup>. O mesmo se dirá para qualquer modalidade de obrigação: aferir se há ou não incumprimento dependerá desta prévia apreciação.

---

PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 744, refere, a este propósito, o “*âmbito compreensivo do cumprimento*”.

<sup>3350</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 37 e 38. O Autor salienta, a p. 40, que estes deveres laterais “*são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas*”, sendo mais importante a indagação acerca da sua função do que uma tentativa de tal enumeração.

<sup>3351</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 185.

<sup>3352</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 320.

<sup>3353</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 320.

<sup>3354</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 321.

<sup>3355</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56.

III. A presunção de culpa do artigo 799.º/1 do CC é, de igual modo, aplicável à atuação dos auxiliares<sup>3356</sup>, ainda que, muitas vezes, não se consiga individualizar a causa do dano. Carneiro da Frada considera que esta via se apresenta mais fácil do que, em alternativa, demonstrar a vinculação dos auxiliares do devedor a certos deveres de proteção<sup>3357</sup>. No entanto, não parece que seja essa a justificação: a presunção aplica-se por força do disposto no art. 800.º/1 do CC, porquanto a atuação do auxiliar (ou do representante legal) é considerada *como se fosse a atuação do próprio devedor*. E, se fosse o devedor a atuar, tal presunção teria aplicação.

IV. No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.01.2012<sup>3358</sup>, apreciou-se o incumprimento de uma obrigação que o tribunal designou de acessória, embora nos pareça que a mesma pudesse ser qualificada, em bom rigor, como obrigação secundária. O caso era o seguinte: a autora, pintora, celebrou com um estabelecimento de restauração um contrato nos termos do qual este se obrigou a expor os seus quadros, com vista à respetiva venda. Dos 25 quadros entregues, apenas devolveu 8, tendo os restantes desaparecido e não tendo o restaurante dado conta desse desaparecimento. Nos termos convencionados, inicialmente o restaurante tinha direito a uma comissão de 10% na venda dos quadros, e, mais tarde, acordou-se que podia ficar com um dos quadros expostos. De salientar que foi deixada pela autora uma lista dos quadros e respetivos preços, *“para que os empregados do restaurante pudessem*

---

<sup>3356</sup> Neste sentido, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 191. A páginas 194, o Autor desenvolve este problema: *“O celebrado exemplo da «casca da banana» permite atestá-lo: aquilo que levou o tribunal a admitir especiais deveres de protecção (in contrahendo) a cargo do estabelecimento comercial onde a autora escorregara foi justamente a sua decisão – eventualmente discutível – de lhe imputar a responsabilidade de um acidente cuja causa não pudera ser completamente individualizada por não se ter apurado quem e em que circunstâncias havia deitado a casca ao chão”*.

<sup>3357</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 194, nota 403, onde afirma, a propósito do caso da casca da banana, o seguinte: *“Estivesse apenas em jogo a censurabilidade pessoal da conduta dos empregados do estabelecimento comercial, poderíamos dizer, como afirma Menezes Cordeiro, que a vantagem da presunção referida àquele elemento era tragada pela dificuldade, bem maior, de o lesado justificar a existência dos próprios deveres de protecção”*.

<sup>3358</sup> Processo n.º 4455/09.0TBMTS.P1, Relator Rodrigues Pires, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*proceder à venda dos mesmos aos clientes do restaurante, cobrando o preço fixado pelo pintos, que posteriormente lhe entregariam”.*

Relativamente à qualificação do contrato, afastou-se a possibilidade de ser um contrato misto de mandato e depósito, optando o Tribunal pela qualificação como mandato, já que o réu se obrigara a expor e a vender no seu estabelecimento os quadros da autora. O cumprimento desta obrigação implicava, naturalmente, a guarda e a conservação dos quadros, isto é, a custódia, que o tribunal qualificou como sendo uma “*obrigação acessória*”, à qual aplicou o regime do depósito.

De acordo com a alínea a) do artigo 1187.º do CC, o depositário deve guardar a coisa depositada, assumindo esta obrigação um “*conteúdo elástico e variável segundo a natureza da coisa*”, sendo “*uma prestação «sui generis», podendo reduzir-se a pouco mais do que inacção, bastando, em certos casos, um mínimo de esforço físico: o suficiente para dedicar uma certa vigilância à coisa a guardar*”. Acresce que, nos termos do n.º 1 do artigo 1188.º do CC, o depositário só não responde se for privado da detenção da coisa por causa que não lhe seja imputável, sendo que, no caso em apreço, o réu não logrou demonstrar qualquer fato nesse sentido, razão pela qual sobre si impendia, portanto, a obrigação de indemnizar.

Analizando uma questão similar, a propósito do dever de guarda e vigilância dos estabelecimentos hoteleiros, Carneiro da Frada considera que estes deverão, em princípio, responder pela subtração de valores deixados pelos hóspedes nos seus quartos<sup>3359</sup>.

V. Questiona-se também a aplicação deste regime aos ónus<sup>3360</sup> ou encargos<sup>3361</sup>. Em princípio, como não está em causa uma obrigação, o dispositivo não é aplicável<sup>3362</sup>.

---

<sup>3359</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 195, nota 408.

<sup>3360</sup> Sobre os ónus, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 918, referindo que a doutrina comum define os ónus como a “*situação na qual alguém deva adotar certa atitude, caso pretenda obter certo efeito*”, devendo no entanto ser revista esta construção. O Autor remete a figura dos ónus para o âmbito processual, enquanto no Direito civil introduz a figura do *ónus material ou encargo*, que corresponde, do ponto de vista estrutural,

VI. Poderá estar em causa um ato praticado: (a) no momento da conclusão do contrato ou (b) no momento da execução da prestação<sup>3363</sup>. De igual modo, podemos estar diante de uma atividade preparatória do contrato, de execução ou posterior a essa execução<sup>3364</sup>.

Com efeito, no momento da formação do contrato o futuro devedor pode, desde logo, recorrer a *auxiliares*, que cooperam, do ponto de vista material, ora preparando e promovendo o negócio, ora comunicando as declarações de vontade das partes (intérpretes, serviços de correio, etc.), ora redigindo as minutas do contrato (advogado, etc.)<sup>3365</sup>.

E, a nosso ver e pese embora a questão não seja pacífica na doutrina, podem estes indivíduos atuar no âmbito dos deveres de boa fé que vigoram no momento pré-contratual, i.e., os deveres de informação, segurança e lealdade. Isso mesmo explica que o médico responda, contratualmente, pelos danos causados no paciente, em resultado de deficiente limpeza dos instrumentos confiados a um seu auxiliar em momento prévio à consulta<sup>3366</sup>.

VII. O devedor responde pelo incumprimento dos deveres emanados da boa fé <sup>3367</sup> (cf. artigos 227.º e 762.º CC<sup>3368</sup>), quer na fase prévia à contratação,

---

a um dever, com um regime particular: “*é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento*”.

<sup>3361</sup> Sobre estes conceitos, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 914 e seguintes.

<sup>3362</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 97, acrescentando que, se assim fosse, o aumento dos deveres impostos aos segurados e aos seus auxiliares poderia levar a uma *delimitação abusiva da proteção da seguradora*.

<sup>3363</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 413.

<sup>3364</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilità del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 47.

<sup>3365</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 413 e 414.

<sup>3366</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilità del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 182.

<sup>3367</sup> Cf. também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O “abuso do direito” e o art. 334 do Código Civil: uma receção transviada*, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 607 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, Volume I, ob. cit., p. 166 e seguintes.

<sup>3368</sup> No CCI, veja-se o disposto no artigo 1175.º: *Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*.

quer na pendência da obrigação<sup>3369</sup>, quer ainda na fase pós-contratual, ainda que a infração resulte de uma conduta de um seu auxiliar<sup>3370</sup>. P.ex., suponha-se que o motorista de uma empresa de táxis estragou um objeto do cliente devido ao cigarro que estava a fumar<sup>3371</sup>: entende-se que há responsabilidade obrigacional do devedor, ainda que o que esteja em causa seja o cumprimento de uma obrigação acessória.

Destarte, ao auxiliar de cumprimento, tal como ao devedor, impõe-se o exato cumprimento da obrigação, com integral respeito pelos ditames da boa fé<sup>3372</sup>: o auxiliar deve dedicar o mesmo nível de empenho e dedicação que era exigível ao devedor e em atenção à satisfação do interesse do credor<sup>3373</sup>. Com Betti, podemos afirmar que *“il criterio della bona fede contrattuale è operante come quello alla cui stregua si deve valutare l’adempimento degli obblighi contrattuali”*<sup>3374</sup>.

---

<sup>3369</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 65, sublinha o critério da boa fé como determinante para aferir da real colaboração do devedor na satisfação do interesse do credor. Nas pp. 76 e seguintes, o Autor assinala ainda que por *fides*, em sentido objetivo, se deve entender uma qualidade objetiva atribuída a tudo o que se possa fazer seguramente, ou seja, a atendibilidade que cabe a algo que é digno de fé. No âmbito obrigacional, significa *“il vincolo assunto, che è atto a generare e a giustificare in altri una legittima aspettativa, sai che si abbia riguardo alla sua assunzione, al suo fedele adempimento oppure alla sua infrazione”*. Já em sentido subjetivo, significa um modo de conduta durante a relação, implicando a fidelidade no cumprimento: *“esprime l’atteggiamento di lealtà, di fedeltà che, secondo la concezione della società romana, è costume osservare ed è legittimo attendersi nei rapporti fra uomini d’onore”*.

<sup>3370</sup> No mesmo sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilità del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 238 e 239, com o seguinte exemplo: o condutor de uma empresa de táxis engana-se e leva o cliente a uma estação ferroviária mais afastada, levando a que este não apanhe o comboio a tempo.

<sup>3371</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilità del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 239.

<sup>3372</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 77, observa que a boa fé contratual pode ser entendida *“sia come fedeltà ad un accordo concluso, sia come impegno nell’adempimento delle altrui aspettative. Essa è essenzialmente fedeltà e impegno di cooperazione”*.

<sup>3373</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 103, assinala que se trata de *“un criterio di condotta che si impernia sulla fedeltà al vincolo contrattuale e sull’impegno ad adempiere la legittima aspettativa della controparte: impegno a mettere tutte le proprie forze al servizio dell’interesse della controparte nella misura richiesta dal tipo di rapporto obbligatorio di cui si tratta; impegno a soddisfare integralmente l’interesse della parte creditrice alla prestazione”*.

<sup>3374</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 103. Assim dispõe o artigo 1375.º CCI: *Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*.

VIII. Por isso, pese embora, por via de regra, o artigo 800.º, n.º 1, do CC tenha em vista a tutela do interesse de cumprimento do credor, parece, com Carneiro da Frada, dever incluir-se na sua tutela o interesse de integridade<sup>3375</sup>. Poderá estar em causa quer a inobservância da prestação principal, quer de deveres acessórios, num contexto de relação obrigacional complexa: não releva o ato de cumprimento propriamente dito, mas sim que o dever violado – que pode ser um dever de proteção – tenha sido perpetrado por um auxiliar de cumprimento<sup>3376</sup>.

De assinalar que os deveres de proteção se mantêm, ainda que a relação obrigacional padeça de invalidade<sup>3377</sup>.

IX. De acordo com Carneiro da Frada, os deveres laterais podem ser de dois tipos:

- a) Aqueles que *“visam possibilitar o interesse prosseguido pelo credor com a prestação (o fim secundário ou mediato da prestação)”*, ou seja, com uma função positiva<sup>3378</sup>;
- b) Aqueles que *“têm em vista defender as partes de todas aquelas intromissões danosas na sua esfera de vida (pessoa e património) que o contato recíproco durante todo o ciclo vital da relação obrigacional propicia”*, ou seja, com uma função negativa<sup>3379</sup>.

Neste segundo grupo incluem-se uma grande variedade de deveres, podendo tratar-se de *“uma actividade de informação, de guarda diligente de uma coisa, uma omissão de certos actos prejudiciais ou até, pura e simplesmente, um comportamento leal”*<sup>3380</sup>.

---

<sup>3375</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 214, acrescentando que se trata de riscos específicos que a atividade devedora comporta, *“sendo por isso justo que, também neste aspecto, o devedor arque com o risco da introdução de terceiros no programa de cumprimento.”*

<sup>3376</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 214. A propósito, cf. ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, N.º 357, Lisboa 1987, pp. 43 e seguintes.

<sup>3377</sup> Assim, cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 214, determinando expressamente a aplicação do artigo 800.º.

<sup>3378</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 40.

<sup>3379</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 41.

<sup>3380</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 42.

Em regra, entende-se que a violação dos deveres laterais importa ilícito contratual, *“numa forma de violação contratual positiva”*<sup>3381</sup>.

Por outro lado, não podemos deixar de assinalar que esta a extensão do âmbito obrigacional à segunda categoria de deveres laterais, parece ter uma importante consequência: fazer com que se aplique o artigo 800.º, n.º 1, do CC à maioria dos danos causados pelos auxiliares nas situações que a doutrina designa *por ocasião* do cumprimento. Contudo, faremos para já apenas esta nota, a ponderar mais adiante.

X. Carneiro da Frada refere o seguinte caso, que se mostra afim do previsto no artigo 800.º/1 do CC: *“o representante legal de um incapaz toma conhecimento, durante a execução de um contrato celebrado em nome daquele com terceiro, de determinados segredos da empresa da contraparte. Ao desvendá-los a estranhos violaria um dever de protecção que o tornaria individualmente responsável para com o prejudicado”*<sup>3382</sup>.

Para Carneiro da Frada, apesar de ser verdade que o contrato potencia *“riscos acrescidos”* em relação à convivência social geral, o que está aqui em causa é *“uma responsabilidade especial situada entre aquele que deriva do incumprimento dos deveres de prestação e a responsabilidade delitual”*<sup>3383</sup>. Enquanto que, diferentemente, para outros entendimentos, estes deveres pré-contratuais sofreriam uma transformação (*Umschlagtheorie*), passando a ser contratuais após o acordo. Entendimento este que, salvo melhor opinião, não parece de acolher, porquanto qualquer afetação do contrato (p.ex. se este for inválido) faria com que o dever mudasse novamente de feição, passando a ser delitual.

---

<sup>3381</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 43.

<sup>3382</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 45.

<sup>3383</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 42. Ainda que admita, na p. 55, que *“A doutrina dos deveres de protecção (...) apresenta laivos contratualistas muito pronunciados”* e, na p. 57, que *“certos contratos fundam tipicamente prestações que incluem o dever de evitar a ocorrência de danos, seja na pessoa, seja nos bens do credor”*, dando como exemplo o contrato de prestação de serviços médicos e o contrato de transporte.



XI. Ao invés do que foi afirmado, assinala-se que o artigo 800.º, n.º 1, do CC não tem aplicação aos seguintes casos<sup>3384</sup>:

- a) Quando o onerado com o dever de proteção seja o próprio credor;
- b) Quando uma pessoa exerce o poder de fato sobre uma coisa com a concordância do seu titular, respondendo pelos atos daqueles a quem permitiu a sua utilização, de que constitui exemplo típico o caso previsto no artigo 1044.º do CC.

Este segundo caso merece a nossa atenção especial, atendendo à relevância que a custódia assumiu no Direito romano e ao desenvolvimento da ideia de uma responsabilidade objetiva. Por outro lado, o Carneiro da Frada parece equipara o caso previsto no art. 1044.º, ao consagrado no art. 1444.º/2 do CC, o que difere do entendimento por nós anteriormente sustentado.

Para este Autor, é forçado afirmar que os terceiros a quem o detentor da coisa faculta a sua utilização são auxiliares no cumprimento do dever de proteção que o onera, o que acontece mesmo que tais terceiros pertençam ao agregado familiar do devedor<sup>3385</sup>. O Autor prefere falar aqui na existência de uma *“responsabilidade pelo próprio círculo de vida (...) no domínio de uma ligação específica de tipo contratual”*, a qual *“não deverá apoiar-se ainda no art. 800 n.º 1, como propende a admitir a maior parte da doutrina, mas na afirmação de um princípio geral distinto, aflorado no art. 1044”*<sup>3386</sup>.

Pense-se no seguinte caso decidido pelo BGH<sup>3387</sup>: um hospital tinha ao serviço um casal de empregados, que habitavam uns aposentos na cave. A mulher, que trabalhava na lavandaria, estava a passar a ferro umas calças do marido e esqueceu-se do ferro ligado, o que provocou um incêndio, causando danos graves a um dos doentes internados. Para Carneiro da Frada, seria relevante aferir *“se a empregada havia utilizado com o consentimento da entidade proprietária instalações e instrumentos do hospital de cujo manuseamento correcto dependia a preservação da saúde do credor. Pelo que, mesmo estando fora do exercício*

---

<sup>3384</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 215.

<sup>3385</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 215.

<sup>3386</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 216 e 217.

<sup>3387</sup> Referido por MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 216, nota 455, mas ao qual não nos foi possível aceder.

*das funções para que fora contratada, haveria responsabilidade*"<sup>3388</sup>. Diferentemente, a maioria da doutrina alemã parece propender para a aplicação do regime constante do § 278 BGB<sup>3389</sup>.

Como já referimos anteriormente, acompanhamos a afirmação nos termos da qual o art. 1044.º do CC não pode ser reconduzido ao art. 800.º/1 do CC. Porém, neste caso, não nos parece que fosse de aplicar o princípio inerente ao art. 1044.º do CC, na medida em que aqui não estava em causa o direito de gozo sobre uma coisa alheia. Pelo contrário, o que terá sido violado foi um dever acessório, de proteção do credor, por parte de um dos seus auxiliares. Na verdade, a informação de que a autora material do dano residia na cave do hospital parece-nos totalmente irrelevante para o caso. A nosso ver, seria a mesma a situação se, em vez disso, tivesse sido a funcionária da lavandaria do hospital a esquecer-se do ferro ligado, causando o incêndio e originando o dano no paciente. Em causa estaria ainda, a nosso ver, o cumprimento da obrigação, embora respeitante a deveres que não o dever principal.

XII. Coloca-se a seguinte questão: *o devedor responde nos mesmo termos pelo art. 800.º em caso de negócio gratuito ou oneroso?*<sup>3390</sup>

Carneiro da Frada suscita este problema, considerando que, uma vez que a norma se fundamenta na ideia de *risco de atividade do devedor*, esta é especialmente justificada em caso de negócio oneroso<sup>3391</sup>.

A nosso ver, contudo, sem razão. Este entendimento parece impor uma interpretação restritiva<sup>3392</sup> do n.º 1 do artigo 800.º do CC, sem que para tal seja invocado outro argumento que não a gratuidade do negócio. É certo que, à

---

<sup>3388</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 216, nota 455.

<sup>3389</sup> DIETER MEDICUS *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 151; BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 822.

<sup>3390</sup> Sobre esta classificação, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 207.

<sup>3391</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 212, nota 445, onde afirma: "Não havendo retribuição para a actividade do devedor, o argumento do texto não é decisivo já que falta ao devedor o proveito que ele retira do aumento da sua capacidade de prestar pelo recurso a terceiros".

<sup>3392</sup> Sobre a interpretação restritiva, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 424.

partida, há uma menor oneração do devedor em caso de negócio gratuito<sup>3393</sup>. Contudo, tal é estabelecido a respeito de cada regime especial de contrato, não se vislumbrando motivos para tal restrição em termos gerais<sup>3394</sup>.

XIII. O mesmo Autor levanta ainda outro problema, a respeito dos casos em que a obrigação é imposta pela lei ao devedor, caso em que este, para além de não ter qualquer proveito, também não praticou um ato voluntário que possa justificar esta responsabilidade objetiva pelas pessoas de que se serve para o cumprimento<sup>3395</sup>. Contudo, também aqui não acompanhamos este entendimento: ainda que se trate de uma obrigação imposta por lei, se o devedor, para realizar o seu cumprimento, recorrer a auxiliares, deve igualmente ter aplicação o art. 800.º/1 do CC. De outro modo, estaríamos a fazer uma interpretação restritiva da norma, sem que pareça haver sequer argumentos nesse sentido. O regime deste preceito é aplicável a qualquer obrigação, independentemente da sua fonte.

---

<sup>3393</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., pp. 129 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., p. 106.

<sup>3394</sup> P.ex., o disposto no regime da doação de bens alheios, onerados ou defeituosos (artigos 956.º e 957.º do CC), os efeitos da invalidade previstos no art. 289.º/2 ou ainda o art. 481.º do CC, respeitante à obrigação de restituir o enriquecimento sem causa, em caso de alienação gratuita da coisa que devesse ser restituída.

<sup>3395</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 212, nota 445.



I. O primeiro problema coloca-se quanto aos atos praticados com *abuso de funções*: o devedor responde pelos atos praticados pelo representante legal ou pelo auxiliar no cumprimento da obrigação, ainda que este tenha abusado das funções que lhe foram cometidas ou haja atuado contra as instruções do devedor, já que se trata de um dos riscos decorrentes do recurso a terceiros no cumprimento da obrigação<sup>3396</sup>. A situação é similar ao n.º 2 do artigo 500.<sup>3397</sup>

De fato, a responsabilidade do devedor prevista no n.º 1 do artigo 800.º não tem como fundamento a sua culpa, pelo que o devedor dela se não pode exonerar demonstrando que deu corretas instruções ao auxiliar, ou que o escolheu ou vigiou de forma adequada. Por isso, o eventual desrespeito das instruções não constitui, de igual forma, causa de exclusão<sup>3398</sup>.

Por outro lado, se o ato tiver sido praticado por um representante do devedor que haja desrespeitado as instruções deste, é ainda de aplicar o n.º 1 do artigo 800.º, e não o disposto no artigo 269.º, mesmo que o credor conheça que o representante se encontra a desrespeitar as instruções do devedor<sup>3399</sup>.

---

<sup>3396</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., pp. 463 e 464.

<sup>3397</sup> Acerca dos danos causados pelo comissário no exercício da função, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 332 e 333, pronunciando-se contra a interpretação restritiva da maioria da doutrina e considerando, ao invés, que basta “*um nexó etiológico entre a função e os danos, no sentido de que seja no seu exercício que os danos sejam originados*”, dando como exemplos: o operário que deixa cair uma telha, ferindo um transeunte, o operário que estava a fumar enquanto trabalhava e deixa cair uma ponta de cigarro, com isso causando um incêndio e o empregado do banco que resolve burlar os clientes, aplicando o art. 500.º CC a todas estas situações. Cf.: PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., pp. 43 e seguintes, considerando que não basta que o dano seja ocasionado pelo exercício da função; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 614 e 615, aderindo ao entendimento de Menezes Leitão, ao afirmar que é necessário que os danos sejam causados no exercício da função, mas não por causa desse exercício. Cf. ainda JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, ob. cit., pp. 642 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 314 e seguintes.

<sup>3398</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 745, salientando que, apesar de o preceito não o dizer expressamente, não o faz por desnecessidade, pois trata-se da relação interna entre devedor e auxiliar, à qual o credor é alheio.

<sup>3399</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 745.

II. Em contrapartida, segundo Benucci, é bom tomar em consideração que, embora o abuso de funções não seja em si mesmo suficiente para eliminar a responsabilidade do comitente, *“hay situaciones en que tal abuso es relevante a efecto de eliminar la indicada responsabilidad: cuando, por ejemplo, el tercero al entrar en conctato y relación con el dependiente conociera que éste obraba fuera de los límites de sus poderes o incluso quebrantando los mismos”*<sup>3400</sup>.

O Autor enuncia o seguinte exemplo: se um condutor, sem autorização do proprietário da viatura, decide transportar pessoas estranhas, o comitente responde, ainda assim, pelos danos causados à pessoa transportada. Contudo, se estas conheçam a proibição, duvida-se da responsabilidade do principal, uma vez que o lesado conhecia o abuso de funções por parte do dependente<sup>3401</sup>.

III. Situação diversa desta é aquela em que o auxiliar provoca, dolosamente, o dano. Aliás, neste ponto, o art. 800.º não diverge do art. 500.<sup>3402</sup>

O devedor responde também pelos danos causados pelo auxiliar através de uma conduta dolosa deste. Por exemplo, supondo que o canalizador, zangado com o seu patrão, decide fazer uma má reparação. Esse é um risco que impende igualmente sobre o devedor, respondendo pelo incumprimento.

No mesmo sentido parece pronunciar-se Jordano Fraga, ao afirmar que tais danos serão da responsabilidade do devedor *“en la medida en que signifiquen infracción del contenido obligacional”*<sup>3403</sup>.

Também em Portugal a doutrina não coloca dúvidas a este respeito<sup>3404</sup>.

---

<sup>3400</sup> EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, ob. cit., p. 234.

<sup>3401</sup> EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, ob. cit., pp. 234 e 235. A seu favor, invoca uma decisão da *Cassation*, de 16 de abril de 1951, a que não lográmos ter acesso, nos termos da qual se afirma que o comitente é responsável quando a proibição de transporte de terceiros não tiver sido eficazmente exteriorizada, donde, *a contrarium*, quando tal se tivesse verificado, o comitente já não responderia.

<sup>3402</sup> Assim também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 333.

<sup>3403</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 274.

<sup>3404</sup> Assim, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 103.

IV. Do mesmo modo, na Alemanha tem-se entendido que o dolo do auxiliar não prejudica a aplicação do § 278 do BGB, não se transformando a sua atuação em ato causado por ocasião do cumprimento<sup>3405</sup>. Portanto<sup>3406</sup>:

- a) O hoteleiro responde pelas viagens clandestinas dos seus empregados, realizadas por estes em vez de estacionarem as viaturas na garagem do hotel;
- b) O devedor responde pelo auxiliar ao qual ordenou a guarda do objeto;

Contudo, a empresa que organizou uma viagem não responde pelas agressões cometidas por um dos empregados de um hotel, em relação a um cliente: a justificação é que, neste caso, estar-se-á fora do âmbito das obrigações da empresa de organização de viagem<sup>3407</sup>.

V. Na perspetiva de Brandão Proença, o devedor responde pelos atos dolosos, desde que praticados no cumprimento da obrigação<sup>3408</sup>, dando como exemplo o caso do auxiliar que deveria guardar um objeto do devedor e que o *furta*<sup>3409</sup>. No mesmo sentido mas com diverso fundamento parece pronunciar-se Pedro Múrias, sempre que o auxiliar cometa um furto, entendendo que o devedor responde pela violação do *dever geral de abstenção*.

Em sentido divergente, Maria Victória Rocha entende que neste caso o devedor não responde, na medida em que não se trata da violação de um dever de proteção específico.

---

<sup>3405</sup> Assim, WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 47.

<sup>3406</sup> Assim, WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 47.

<sup>3407</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 351.

<sup>3408</sup> Também assim quanto à responsabilidade do comitente, como assinala SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 125 e 126, salientando que, mesmo em caso de abuso de funções, a atuação do comissário é “um dado previsível”.

<sup>3409</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 253, referindo as atuações dolosas “ocorridas no próprio quadro funcional”.

A nosso ver, sem razão. Mesmo que o auxiliar ou o representante legal cause o dano de forma dolosa, nenhuma razão há para não aplicar o art. 800.º/1 do CC: esse é um risco que se deve imputar ainda ao devedor, na lógica do risco / benefício associado à utilização destas pessoas. Aliás, o risco de atuação dolosa do representante legal ou do auxiliar do devedor consiste, precisamente, num dos *riscos típicos* que justificam o n.º 1 do art. 800.º do CC.

VI. Tal como sucede a propósito do artigo 500.º, o artigo 800.º coloca o problema de saber se o devedor pode ser responsabilizado por atos ilícitos do auxiliar, isto é, delitos praticados *por ocasião* do cumprimento da obrigação.

O exemplo clássico reconduz-se ao furto de um objeto da casa do credor durante a prestação de um serviço, podendo também dar-se o caso da danificação de um bem do devedor.

Quanto a este ponto, impõe-se notar em primeiro lugar que o n.º 1 do artigo 800.º do CC declara que o devedor apenas responde pelos atos das pessoas que *utilize para o cumprimento da obrigação*. Não diz também que tais atos devem ser praticados *no cumprimento* da obrigação, ao contrário do art. 500.º do CC.

Não é assim na generalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, onde o problema também se coloca:

- a) No Direito alemão: § 278 BGB: *zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit*;
- b) No Direito italiano: o *Codice* exige que o ato seja praticado *nell'adempimento dell'obbligazione*;
- c) No Direito francês e no espanhol, apesar da ausência de uma norma específica, a doutrina considera que o dano deve ser causado no cumprimento;
- d) No Direito anglo-saxónico, afirma-se que o principal apenas responde pelos atos do empregado quando este atua *within the scope of employment*.

No entanto, contrariamente ao artigo 500.º, o artigo 800.º/1 não limita, pelo menos em termos expressos, a responsabilidade do devedor aos atos



praticados *no cumprimento*, enquanto naquele primeiro dispositivo expressamente se exige que o dano seja causado no exercício da função<sup>3410 3411</sup>. Assim, poder-se-ia questionar se o devedor responde, pelo artigo 800.º/1, por danos causados pelos seus auxiliares meramente *por ocasião do cumprimento*?

A questão reside precisamente em aferir qual o âmbito da obrigação: abrange apenas os deveres de prestação ou também os deveres de conduta<sup>3412</sup>?

Vejam-se os seguintes casos polémicos:

- a) Os estabelecimentos hoteleiros respondem por furtos praticados pelos seus funcionários, p.ex. por uma empregada de limpeza?
- b) Os bancos respondem, do ponto de vista obrigacional, perante o seu cliente, pelo furto de quantias por parte dos seus funcionários?

O problema torna-se ainda mais complicado se considerarmos, como parece ser a opinião maioritária na Alemanha, que o devedor responde pela violação de *certos deveres de proteção* por parte do auxiliar, mas não por outros<sup>3413</sup>:

- a) O pintor responde pelo espelho que o seu auxiliar quebra, por descuido, na casa do credor, argumentando-se que se trata de um *dever de proteção contratual*;
- b) Mas não responde pelo furto cometido pelo mesmo em tal local.

---

<sup>3410</sup> SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 114 e seguintes, salientando, na p. 123, a necessidade de se verificar uma “*relação directa, interna, adequada*” entre a comissão e o dano.

<sup>3411</sup> Contra, como já referido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 332 e 333 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 614 e 615. Cf., sobre este pressuposto: JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, ob. cit., pp. 642 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 314 e seguintes.

<sup>3412</sup> Assim, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 412.

<sup>3413</sup> Assim, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., pp. 414 e 415. Sobre a responsabilidade contratual dos bancos, cf. VEZIAN, JACK, *La responsabilité du banquier en Droit Privé Français*, Troisième édition, Paris, LITEC, 1983. Pp. 25 e seguintes.

VII. Apesar da ausência, pelo menos expressa, de tal requisito na letra do n.º 1 do artigo 800.º do CC, a doutrina exige-o de forma quase unânime<sup>3414 3415 3416 3417</sup>. O efeito desta interpretação é o de excluir a responsabilidade do devedor em relação aos danos causados pelo auxiliar meramente *por ocasião* do cumprimento<sup>3418</sup>, ainda que eventualmente seja admitido que possa responder por tais atos em termos delituais<sup>3419</sup>. Assim, afirma-se que deve existir uma “*relação de causalidade adequada entre a violação do dever de protecção, cuidado, lealdade, guarda, e a obrigação, de modo a podermos dizer que não se trata apenas de um ilícito extracontratual, mas que é abrangido no âmbito da responsabilidade contratual*”<sup>3420</sup>.

Para Ana Prata, a restrição interpretativa do n.º 1 do artigo 800.º justifica-se na medida em que este preceito exige que o devedor tenha utilizado o terceiro *no cumprimento*. Assim, entende que tem de existir uma “*afecção funcional da actividade do terceiro*”<sup>3421</sup>.

---

<sup>3414</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 277.

<sup>3415</sup> Já assim ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 277. Cf. também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 269, apesar de afirmar que os pressupostos de aplicação do art. 800.º são bastante diferentes dos pressupostos do art. 500.º, não parece tomar partido quanto a esta questão; ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 741; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 56; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 228 e 244.

<sup>3416</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., pp. 94 e seguintes.

<sup>3417</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 1039, nota 3, onde assinala que a responsabilidade se restringe aos atos praticados no cumprimento da obrigação, excluindo-se os que lhe sejam estranhos, ainda que praticados por ocasião dele.

<sup>3418</sup> Uma outra alternativa seria equiparar os atos praticados *por ocasião* do cumprimento aos atos praticados *no cumprimento* da obrigação. Trata-se, naturalmente, de um problema de interpretação do regime jurídico. Em termos similares, cf. KARL ENGISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 96.

<sup>3419</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 277.

<sup>3420</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 95.

<sup>3421</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 742.

Ora, considerando que o texto da lei é o limite da interpretação<sup>3422</sup> – cf. art. 9.º CC – há que retirar um conteúdo útil do disposto no art. 800.º/1 CC<sup>3423</sup>. O problema é que, contrariamente ao seu *homólogo*, art. 500.º, o art. 800.º/1 não refere, explicitamente, que o dano deve ser causado no cumprimento da obrigação.

VIII. Parece-nos importante destacar que este é um dos pontos que mais divergências suscita na doutrina<sup>3424</sup>, até porque dele decorrerá a determinação do âmbito de aplicação do artigo 500.º CC face ao artigo 800.º CC.

Com efeito, muitos dos casos que a doutrina identifica como tendo sido praticados por ocasião do cumprimento poderão ser, na realidade, situações em que o bem lesado é um direito absoluto do credor – como o direito à integridade física ou o direito de propriedade. Razão pela qual a situação poderia ter de ser dirimida pelo artigo 500.º, e não pelo artigo 800.º; p.ex., o exemplo clássico do funcionário que se desloca a casa do cliente para prestar um serviço e, por imprudência, deixa cair um cigarro aceso e com isso provoca um incêndio.

É indiscutível que a responsabilidade obrigacional só existirá quando se verifique o incumprimento da obrigação. Nessa medida, para de responsabilidade contratual se poder falar, é necessário que haja um contrato preexistente e válido<sup>3425</sup>. A tarefa essencial do jurista será, assim, a de determinar qual o conteúdo da relação obrigacional. Por tal razão, determina a letra do n.º 1 do artigo 800.º que o devedor responde *como se tais atos tivessem sido por ele praticados*, ou seja, tudo se passa como se fosse ele o autor (material) do ato, e se, nessa qualidade, se tivesse verificado o incumprimento.

---

<sup>3422</sup> Assim, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., pp. 391 e seguintes.

<sup>3423</sup> Assim também KARL ENGISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, ob. cit., pp. 146 e 147.

<sup>3424</sup> Sobre este assunto, cf. ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., pp. 304 e seguintes.

<sup>3425</sup> Neste sentido, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 307.

IX. Por outro lado, tal como assinala Carneiro da Frada, esta determinação do artigo 800.º tem se ser entendida *cum grano salis*, porquanto, atendendo à crescente especialização do trabalho, nem sempre o devedor teria forma de realizar a prestação nos termos e com a diligência adequada. Assim, “há-de adoptar-se um critério objectivado de culpa correspondente à diligência exigida pelo teor da vinculação contratual”<sup>3426</sup>. Ou seja, a culpa deve ser aferida pelo “*grau de diligência exigido pela actividade a que o devedor se vinculou*”<sup>3427</sup>.

X. Pires de Lima e Antunes Varela limitam-se a afirmar que “A responsabilidade limita-se, no caso do artigo 800.º, aos actos praticados no cumprimento da obrigação, não abrangendo os praticados por ocasião do cumprimento, mas nada tendo com este.”<sup>3428</sup>. No mesmo sentido, Jaime Gouveia considera que, se existe uma mera ligação ocasional entre o ilícito e o prejuízo, não nasce a responsabilidade contratual<sup>3429</sup>.

Segundo Brandão Proença, esta limitação não obsta à eficácia protetora para terceiros ligados ao credor, e, por outro lado, devem ainda assim encontrar-se incluídos todos os deveres de prestação e de conduta imanentes da relação obrigacional, numa aceção compreensiva<sup>3430</sup>. Neste âmbito, destaca que o ato pode dar-se no cumprimento dos deveres de cuidado com a pessoa do credor e dos seus bens<sup>3431</sup>.

Na perspetiva deste Autor, o artigo 800.º cobre apenas “os danos conexionsados com a execução da tarefa do auxiliar (p.ex., danos causados numa porta por motivo do transporte de uma estante ou danificação de uma jarra do credor por

---

<sup>3426</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 211, nota 443.

<sup>3427</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 211, nota 443.

<sup>3428</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56.

<sup>3429</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 306, dando o exemplo do arrendatário que injuria o senhorio por causa de uma questão de obras, concluindo que, para haver responsabilidade contratual, “é mister que o prejuízo resulte da inexecução do contrato”.

<sup>3430</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 252.

<sup>3431</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 252.

deficiente colocação de um quadro), mas já não aqueles que, como referia VAZ SERRA, tenham surgido «por ocasião desse cumprimento» (o furto do anel) e em relação aos quais o devedor também não responderia contratualmente”<sup>3432</sup>.

Neste sentido, parece aproximar-se da perspectiva propugnada por Pedro Múrias, porquanto o credor nada poderá exigir ao abrigo do artigo 800.º/1, por o direito violado não ser um direito de crédito, mas antes um direito de outra natureza (neste caso, um direito real).

XI. Esta questão torna-se ainda mais problemática quando os atos praticados pelo auxiliar se situam no âmbito do *cumprimento de deveres deontológicos* incluídos na prestação do devedor. Por exemplo, No seguinte caso<sup>3433</sup>: uma vigilante de um estabelecimento de doentes mentais manteve relações íntimas com um dos pacientes internados, ficando grávida; a imposição da paternidade ao doente teve, para este, implicações de ordem económica, pelo que o *Reichgericht* considerou que a clínica era responsável, diante do paciente, pelos danos por ele sofridos, porquanto tal situação era o resultado do incumprimento dos deveres de cuidado e vigilância em relação àquele mesmo paciente.

XII. Como se disse, o problema é similar ao discutido em sede de responsabilidade do comitente, quanto a aferir se este responde, em termos objetivos, pelos atos do comissário praticados por ocasião do exercício de funções, mas não em conexão com estas<sup>3434</sup>.

---

<sup>3432</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., pp. 252 e 253, ressalvando no entanto os casos em que o ilícito emane das próprias funções exercidas, como por exemplo quando competia ao auxiliar guardar o objeto do credor e ele o furta (ou comete o crime de abuso de confiança).

<sup>3433</sup> Referido por FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 198.

<sup>3434</sup> Contra, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 332 e 333. No sentido da exigência deste requisito, PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., pp. 43 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 614 e 615; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I,

No exemplo clássico debatido pela doutrina alemã do funcionário que se desloca a casa do cliente para prestar um serviço e, por imprudência, deixa cair um cigarro aceso e com isso provoca um incêndio, são avançadas soluções díspares:

- a) Uns responsabilizam o devedor, considerando que este é sempre responsável: o devedor não responde somente pelos danos praticados no cumprimento da obrigação, mas também por aqueles que surjam por ocasião deste cumprimento, incluindo assim *todos os riscos que o uso de auxiliares implica*<sup>3435</sup>;
- b) Outros desresponsabilizam o devedor, bem como Nussbaum, Enneccerus-Lehmann, Schollmeyer, Wertheimer<sup>3436</sup>;
- c) Outros consideram que o devedor não pode responder, pelo menos a título contratual, podendo embora ser chamado a responder por via delitual<sup>3437</sup>.

XIII. Em França, no âmbito delitual o artigo 1384.º do CCF exige também que o dano tenha sido praticado pelo preposto *dans l'exercice des fonctions*, ou seja, *"quando il accomplit les actes dont il a été chargé"*<sup>3438</sup>. O problema é assim colocado no domínio delitual.

Contudo, a propósito da aplicação do artigo 1384.º CCF, a jurisprudência começou por considerar que o comitente respondia pelos atos praticados por ocasião do exercício de funções por parte do comissário, bem como quando este

---

ob. cit., pp. 642 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 314 e seguintes.

<sup>3435</sup> Dá-nos conta da tese deste Autor ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 306. Parecendo admitir a aplicação do § 278 BGB nalguns casos, BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 824, bem como DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187.

<sup>3436</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 232; SIEGFRIED MENNEMEYER, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., pp. 27 e seguintes; DIRK LOOSCHELDERS / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, ob. cit., p. 722; RICHARD ALFF / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch...*, ob. cit., p. 89; ALEXANDER LÜDERITZ, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, ob. cit., p. 7.

<sup>3437</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 307.

<sup>3438</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 448.

abusasse de tais funções<sup>3439</sup>. Assim, a *Cour de Cassation* propendeu inicialmente para o que alguns autores consideram ser uma *interpretação extensiva* do preceito, ainda que atualmente exclua do preceito o dano causado apenas por ocasião do exercício da função<sup>3440</sup>.

Alguma doutrina parece fazer uma certa confusão entre este requisito – atos praticados no exercício da função ou no cumprimento da obrigação – com a própria qualidade do proposto. Assim, Josserand justifica esta opção da jurisprudência, afirmando que “*Il suffit que la compétence du préposé soit apparente pour qu’elle entraîne la responsabilité du commettant*”<sup>3441</sup>.

Por outro lado, é pacífico que o comitente não responde quando o lesado conhecia, ou pelo menos deveria conhecer, que o comissário estava a atuar fora do exercício das suas funções e sem para tal ter a autorização do comitente, bem como que o comitente responde quando o comissário estava a cumprir a sua função, mas a cumpriu incorretamente<sup>3442</sup>.

Em França, a *Cassation* já considerou o seguinte:

- a) O comitente responde pelo motorista que, encarregado do transporte de jornais, parou na berma da estrada para caçar um faisão<sup>3443</sup>;
- b) O proprietário de um cinema cujo funcionário encarregado de levar o público aos lugares, responde se este violou e assassinou uma jovem, que lhe perguntara a direção para os lavabos<sup>3444</sup>.

---

<sup>3439</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 248, dando como exemplo o caso da companhia de caminhos-de-ferro que foi considerada responsável pelas consequências do ato do seu empregado, que aceitou desempenhar uma tarefa que não se inseria nas suas funções, tal como guardar uma mala a um viajante, bem como o caso do proprietário de um estabelecimento comercial, responsabilizado pelo crime de caça em propriedade alheia, quando este estava a fazer um passeio no âmbito da sua atividade.

<sup>3440</sup> Neste sentido, cf. HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 448.

<sup>3441</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 249.

<sup>3442</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 448.

<sup>3443</sup> Cf. decisão referida em HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 455.

<sup>3444</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 455.

No entanto, talvez devido ao eventual excesso desta orientação e às sucessivas críticas a que a mesma deu lugar, as decisões mais recentes mostram alguma moderação, considerando-se necessário a verificação de *un lien de causalité ou de connexité* entre a função exercida e o ato danoso<sup>3445</sup>.

Uma questão muito discutida em França é ainda a da responsabilidade do proprietário senhorio, pelos atos do porteiro, quando o senhorio assumiu perante o arrendatário a obrigação de o fazer, ou seja, quando assumiu uma obrigação de vigilância, cumprindo essa obrigação através de um *concierge*<sup>3446</sup>.

Em caso de furto ou roubo, imputável a ato ou omissão do porteiro, o senhorio responde contratualmente por fato de outrem<sup>3447</sup>.

XIV. A propósito do artigo 55.º do Código Federal das Obrigações Suíço, já se entendeu que “*Un vol commis par un employé à l’occasion de son travail n’est pas commis dans l’accomplissement de son travail; il n’engendre pas la responsabilité pour le patron, si les circonstances elles-mêmes ne constituent pas une faute de sa part*”<sup>3448</sup>. Portanto, foi também aqui adotada uma conceção restritiva, recusando os atos praticados a título meramente ocasional.

XV. Em Itália, as dúvidas sobre o problema proliferam.

A sentença do Tribunal de Milão de 30 de dezembro de 1963<sup>3449</sup>, declarou a administração responsável pela subtração dolosa, cometida por um funcionário, de objetos recolhidos no âmbito de investigação criminal.

Diversamente, a *Cassazione*, na sua sentença de 12 de julho de 1963<sup>3450</sup>, decidiu que “*Gli enti pubblici (nella specie, Banco di Napoli) non rispondono, nè*

---

<sup>3445</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 448.

<sup>3446</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., pp. 458 e seguintes.

<sup>3447</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 459, sublinham que é raro os tribunais considerarem que se verifica o nexo de causalidade necessário para responsabilizar o senhorio.

<sup>3448</sup> A. SCHNEIDER / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, ob. cit., p. 156.

<sup>3449</sup> Referida por C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 463, nota 12.

<sup>3450</sup> *Il foro italiano*, Volume LXXXIX, Anno 1966, pp. 315-316.



*direttamente sulla base di un rapporto di rappresentanza nè indirettamente sulla base di un rapporto di indipendenza, del fatto illecito doloso commesso dal dipendente in occasione del servizio*". No caso, o cliente entregara diretamente uma quantia ao funcionário, que era diretor de uma agência do banco), indicando-lhe que depositasse uma parte na sua conta e outra na conta do seu irmão, não tendo, assim, a operação passado pelo balcão ou caixa do banco, na forma regulamentar. Assim, o tribunal concluiu que entre o cliente e o diretor da agência não se verificou a realização de uma operação bancária, mas tão-só "*un rapporto meramente fiduciario integrante gli estremi sostanziali di un mandato tra privati, avente ad oggetto l'incarico di provvedere ai versamenti indicati dal mandante*". Concluiu, assim, pela inexistência de responsabilidade do banco, já que o funcionário não atuou no exercício de qualquer função.

XVI. A propósito da responsabilidade extracontratual, a *Cassiozone* tem vindo a considerar, desde a decisão de 7 de outubro de 1967<sup>3451</sup>, que basta um *nexo de ocasionalidade necessária* entre a tarefa desempenhada pelo comissário e a ocorrência do dano. Assim, de acordo com esta jurisprudência, no caso do artigo 2049.º do *Codice*, a lei basta-se com uma relação de ocasionalidade necessária, prescindindo do nexo de causalidade<sup>3452</sup>.

---

<sup>3451</sup> Corte di Cassazione, Sezione 3ª Civile, 7 ottobre 1967, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, VIII Serie, Anno XLI, N. 3, Maggio – Giugno 1968, pp. 223-228.

<sup>3452</sup> Neste sentido, veja-se o acórdão da *Cassazione* de 24 agosto 1966, em *Il foro italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1792-1798, em que um funcionário causou a morte de outro devido a movimentos inadequados realizados com uma faca, tendo inclusivamente ocorrido a condenação criminal do autor do fato. Os familiares da vítima pretendiam no entanto também a responsabilidade do empregador, alegando para tal a existência de culpa *in eligendo* e de culpa *in vigilando*, nos termos do artigo 2049.º CCI. A defesa do empregador centrava-se precisamente na ausência de um nexo de causalidade entre as incumbências atribuídas aos funcionários e o evento danoso verificado. Na perspetiva do tribunal, o artigo 2049.º do *Codice* encontra o seu fundamento na existência de "*un rapporto di dipendenza o di commissione*", bastando que o dano seja causado no exercício das funções, pelo que "*non è necessario che tra le mansioni affidate e l'evento sussista un nesso di causalità, essendo, invece, sufficiente che recorra un semplice rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l'incombenza affidata al commesso (od al domestico) abbia determinato una situazione tale da rendere possibile o da agevolare la consumazione del fatto illecito e, quindi, la produzione dell'evento danoso*". De notar que em consequência desta decisão foi modificado o acórdão recorrido, no qual o tribunal entendera não existir responsabilidade do empregador na medida em que o dano não teria decorrido de uma atividade decorrente diretamente das incumbências atribuídas pelo empregador ao funcionário.

No caso julgado em 16 de maio de 1968<sup>3453</sup>, a *Cassazione* apreciou o caso de um ajudante de cozinha que, brincando com uma faca, causou um ferimento mortal a um colega de trabalho. Decidiu que o empregador respondia, ao abrigo do artigo 2049.º CCI, pelos danos sofridos pelo trabalhador no âmbito das tarefas desempenhadas, mas deveria haver uma relação de ocasionalidade necessária entre essa tarefa e o dano. O Tribunal refere a sentença 1967, n.º 22, da Corte Constitucional, nos termos da qual se decidiu que o empregador responde pelos danos sofridos por um seu trabalhador, ainda que o trabalhador que haja causado o dano não desempenhe funções de responsabilidade, direção ou supervisão.

A questão centrou-se na eventual responsabilidade extracontratual do empregador, mas era discutível se não se estaria, efetivamente, diante de responsabilidade obrigacional, atendendo a que um dos deveres do empregador é o de prover pela segurança dos trabalhadores, tarefa para a qual os restantes trabalhadores são auxiliares. Aliás, a questão parece ter sido *quase* colocada no recurso pelo apelante, quando referiu que o empregador respondia, *diretamente*, por não haver cumprido o dever de preservar a integridade física do seu trabalhador, nomeadamente por culpa *in vigilando* quanto à atuação do colega.

Segundo a *Cassazione*, não é necessário um nexo de causalidade entre o exercício das funções por parte do comissário e o evento que provocou o dano, sendo, ao invés, *“sufficiente che recorra un semplice rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l’incombenza affidata al commesso (od al domestico) abbia determinato una situazione tale da rendere possibile o da agevolare la consumazione del fatto illecito e, quindi, la produzione dell’evento dannoso”*. O Tribunal sublinhou ainda que o trabalhador se encontrava no local e horário de trabalho, em plexo exercício das suas funções, para as quais necessitava da faca, tendo sido por uma imprudente manobra que se deu o dano no colega.

---

<sup>3453</sup> *Il foro italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1792-1798.

XVII. Na doutrina italiana, Bianca não tem dúvidas de que, ao abrigo do artigo 1228.º do *Codice*, o devedor responde pelo furto que seja praticado pelo seu auxiliar, rejeitando a distinção entre atos praticados no cumprimento e por ocasião do cumprimento<sup>3454</sup>.

Também para Ferrara, o devedor responde tanto pelos atos praticados *no cumprimento* da obrigação, como *por ocasião* deste: *“egli non può liberarsi, adducendo che l’ausiliario nel compiere il fatto dannoso usciva dal suo campo d’azione, exorbitava dalle funzioni che gli erano affidate”*, respondendo o devedor por ter *ocasionado* o dano<sup>3455</sup>.

Na sua opinião, os Códigos que estabelecem esta restrição, fazem-no somente em relação à responsabilidade delitual, o que, a seu ver, é *justíssimo*, mas o mesmo não se pode dizer quando se trata de responsabilidade obrigacional: *“Ma nei rapporti contrattuali l’antitesi non regge più, fra danni derivante dall’inadempimento ed occasionali all’adempimento, perche il fondamento della responsabilità in entrambi è lo stesso e la limitazione del principio sarebbe ingiustificata”*<sup>3456</sup>.

Contudo, temos algumas dúvidas que os casos referidos por Ferrara correspondam às situações que hoje se discutem a este respeito:

- a) O primeiro exemplo dado é o seguinte: se A contrata B para lhe decorar um salão e se C, que trabalha com B, suja um tapete ou quebra um pêndulo de A, ou furta um objeto precioso de A que estava sobre a mesa, o devedor B é responsável pelos danos *ocasionados* pelo auxiliar na execução da tarefa<sup>3457</sup>.

---

<sup>3454</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 464, onde afirma que a imputação do dano ao devedor deve ser *“fondata sul dato della particolare ingerenza consentita all’ausiliario nella sfera giuridica del creditore”*, porquanto foi a introdução do terceiro por parte do devedor que possibilitou o *“particolare contatto con la sfera giuridica del danneggiato”*. Acrescenta ainda que, se o devedor não pretender assumir essa responsabilidade, terá de advertir o credor nesse sentido.

<sup>3455</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 521.

<sup>3456</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 522.

<sup>3457</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 522 e 523.

Neste caso, a nosso ver, parece haver um dano causado *no cumprimento* da obrigação, pois que este cumprimento inclui os deveres secundários<sup>3458</sup>, designadamente ao nível do cuidado que é requerido em relação aos bens do credor. Pelo menos será assim quantp à danificação do tapete, ainda que já o furto possa ser discutido.

- b) Vejamos o segundo exemplo: a empresa A vende à empresa B uma máquina e C, funcionário da primeira, procede à entrega na oficina do comprador, aí deteriorando outra máquina deste<sup>3459</sup>.

Neste caso, parece-nos que a responsabilidade seria delitual, e não contratual, isto é, ao abrigo do artigo 500.º CC.

Por outro lado, também discordamos de Ferrara quando afirma que o devedor responde pelos danos causados no cumprimento da obrigação ou “*nel danneggiamento di oggetti del creditore*”<sup>3460</sup>.

No mesmo sentido que nós, também Jordano Fraga parece considerar que as situações enunciadas por Ferrara são suscetíveis de abarcarem os deveres emanados do contrato, nomeadamente no âmbito dos deveres secundários ou mesmo acessórios ou de proteção, sendo por isso efetivos danos contratuais ou intrínsecos<sup>3461</sup>.

---

<sup>3458</sup> Assim se decidiu, p.ex., na sentença do 15.º Juízo Cível de Lisboa, de 09.03.1981, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VI, Tomo 2 – 1981, pp. 284 e seguintes. O caso era o seguinte: um cliente deixou o seu automóvel numa garagem, para efeitos de reparação mecânica, situação que o Tribunal qualificou de contrato de empreitada, recusando expressamente a qualificação como contrato misto de depósito e de empreitada. Durante esse período, ocorreu um incêndio, devido a culpa dos funcionários da firma, tendo o Tribunal concluído que havia aqui “*incumprimento culposo do contrato de empreitada*”, aplicando-se os artigos 798.º, 799.º/1 e 800.º/1 do CC. Acrescentou ainda a irrelevância do letreiro colocado na oficina, nos termos do qual “*As oficinas de reparação de automóveis não se responsabilizam por quaisquer danos nas viaturas à sua guarda que não sejam directamente resultantes de actos praticados por si ou pelo seu pessoal*”, considerando que este dístico “*não se reporta a irresponsabilidade quer da Ré, quer dos seus auxiliares*”, porque aqui o que estaria em causa, na perspetiva do Tribunal, seria “*o arredar de uma obrigação referente a danos causados a viaturas que estejam à guarda da Ré*”.

<sup>3459</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 523.

<sup>3460</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 524.

<sup>3461</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 273 e 274.

XVIII. Vejamos outros entendimentos a este respeito. Larenz analisa o seguinte caso<sup>3462</sup>: a empresa A é contratada por B para realizar um serviço de pintura na casa deste, utilizando para esse efeito os serviços do pintor C. Para este Autor, A responde contratualmente pelos danos resultantes da utilização descuidada do escadote por parte de C, que originou a quebra de um espelho ao cliente. Mas já não responderá pelo furto cometido por C de um objeto de B.

Em ambos os casos, foi a execução da prestação que proporcionou ao auxiliar C a possibilidade de causar um dano a B. No entanto, há que distinguir:

- a) O dever de zelo em relação aos bens do credor emana diretamente do vínculo obrigacional, que é um dever de proteção especificamente contratual;
- b) Enquanto o dever de se abster de furtar um bem do credor emana do dever geral de respeito pelos bens alheios.

Por conseguinte, o critério estará sempre em *aferir o âmbito da obrigação*, de forma a poder concluir se o devedor infringiu, através do seu auxiliar de cumprimento, um dever obrigacional, independentemente da natureza da lesão ocorrida na esfera jurídica do credor, já que pode este ver atingido um direito absoluto e, ainda assim, a responsabilidade ser de natureza obrigacional.

Neste sentido, também Enneccerus / Lehmann<sup>3463</sup> consideram que o eletricista responde contratualmente pelo seu funcionário que estraga uma lâmpada do credor por não a ter colocado corretamente, mas já não se o mesmo funcionário roubar um quadro de casa do cliente.

XIX. Kúpisch analisa o seguinte caso: o proprietário de uma mercearia vende um conjunto de mercadorias a um cliente que, ao sair do armazém, é magoado por uma tábua que foi lançada por um ex-funcionário, já reformado, mas o qual fora incumbido pelo vendedor de levar todas as tábuas para o pátio<sup>3464</sup>.

---

<sup>3462</sup> KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, ob. cit., p. 302.

<sup>3463</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 236.

<sup>3464</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 822.

O Tribunal considerou que fora violado o dever de proteção, do qual decorria o dever de assegurar uma entrada e saída do armazém sem perigo, pelo que foi aplicado o § 278 BGB<sup>3465</sup>. De acordo com esta perspetiva, era evidente que o vendedor assumia também perante o comprador certos deveres de proteção, desde logo o de providenciar um acesso, sem riscos, à loja, pelo que terá sido no cumprimento deste dever que o devedor introduziu um auxiliar. Ora, se tivesse sido o próprio devedor a realizar o trabalho incorretamente, ele responderia em termos contratuais, por violação positiva do contrato<sup>3466</sup>.

Não obstante, Kupisch considera que estava em causa um dever geral, de não lesar outrem, e não um dever contratual específico<sup>3467</sup>. Contudo, devido às desvantagens decorrentes da aplicação do § 831 do BGB, explica que foi preciso recorrer a uma presunção de deveres especiais de proteção, no âmbito do contrato, o que se justifica pela necessidade de atingir um resultado justo<sup>3468</sup>.

XX. Segundo Heck, a fundamentação da responsabilidade do § 278 BGB torna adequada uma extensão dessa responsabilidade a todos os fatos que se encontram em *conexão causal adequada com a utilização de auxiliares*. Por isso, considera que:

- a) O devedor responde se o empregado enviado para efetuar uma reparação num quarto pega num vaso e o quebra ou se utiliza os utensílios para arrombar uma secretária e dela retirar dinheiro, ou ainda se toma modelos secretos das fechaduras para fazer chaves falsas e com elas realiza um furto por arrombamento;
- b) O devedor não responde se o empregado do alfaiate se embriagar, nem se, enquanto está no local, agredir sem razão um cliente.

---

<sup>3465</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 267, afirmando que “*si el deudor hubiese realizado personalmente el trabajo encomendado al tercero, y causado, con él, la lesión a su acreedor, se la habría hecho responder contractualmente en forma directa, desde la perspectiva de los deberes de protección*”.

<sup>3466</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822.

<sup>3467</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822.

<sup>3468</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 822, onde salientou também o problema do prazo de prescrição, já que o prazo de prescrição delitual era de três anos, sendo o prazo de prescrição obrigacional de trinta anos.

XXI. Para Schmidt, o fundamento da responsabilidade do devedor por fato de outrem não é mesmo quando se trate de danos no interesse prestacional do credor ou de danos no interesse de proteção deste, já que no primeiro caso o fundamento seria o risco/benefício, enquanto no segundo a tutela da confiança do credor<sup>3469</sup>. Este Autor recorre ao conceito de *auxiliares na conservação* – *Bewarungsgehilfe* – por forma a responsabilizar o devedor pelos danos causados por ocasião do cumprimento, para efeitos de aplicação do § 278 BGB.

Assim, será a introdução de auxiliares, por iniciativa do devedor, na execução da obrigação, que dá a estes a *oportunidade para causar o dano ao credor*, dano esse que pode atingir outros interesses jurídicos, para além dos protegidos especificamente no contrato. O que significa que estes terceiros atuam como *auxiliares na proteção do credor*. Todavia, a lesão da confiança do credor configura, ainda, responsabilidade obrigacional, uma vez que o dano não se teria produzido se não houvesse a relação entre devedor e credor.

O que leva Schmidt a concluir que a diferenciação entre danos causados no cumprimento ou por ocasião deste tem um carácter obsoleto, já que o dano é obrigacional precisamente porque é a relação obrigacional que dá azo a que este se possa verificar<sup>3470</sup>.

XXI. Um caso interessante foi objeto de análise pelo STE, na sua decisão de 10.10.2007<sup>3471</sup>: a equipa de um clube de basquetebol deslocou-se a Málaga, para um jogo, tendo ficado hospedada num hotel. Após a estadia, um funcionário do hotel informou um dos jogadores que apenas poderia sair após efetuar o pagamento da conta do telefone do respetivo quarto, tendo este agredido violentamente aquele funcionário, golpeando-o inclusivamente com uma pedra.

A questão discutida era a de saber se o clube deveria responder por fato de outrem a título delitual, considerando que o mesmo se encontrava

---

<sup>3469</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 505.

<sup>3470</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 99.

<sup>3471</sup> Recurso n.º 4741/2000, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

submetido à disciplina do clube, não somente durante o jogo propriamente dito mas também neste período. Segundo o argumento do clube, *“los hechos se produjeron fuera del espácio donde pudiera existir un deber de vigilância por parte del empleador y que, además, el origen del incidente no guarda relación alguna con la actividad o servicio que prestaba el codemandado”*.

O STE acolheu precisamente estes argumentos:

- a) Considerando que a responsabilidade ao abrigo do artigo 1903.º/4 CCE tem limites, *“como ocurre en aquellos casos en que el empleado realiza actividades que no tienen una conexión funcional, sino solo circunstancial con su trabajo”*;
- b) Neste sentido se encontra também o artigo 6:102 do Princípios europeus de responsabilidade civil, porquanto, para haver responsabilidade, há que verificar se foi infringido o dever de supervisão ou vigilância que incumbia ao empregador.

Assim, para que o clube fosse responsável, deveria haver uma *“ineludible conexión con la actividad deportiva que le es propia”*, o que não se verificava.

XXII. Um outro caso clássico é o do ourives, cujo funcionário furta um colar que um cliente entregara para efeitos de reparação.

No entanto, nesta hipótese, parece indiscutível que a responsabilidade do devedor existe, já que é infringido, através da atuação do auxiliar, um dever que se insere no âmago da obrigação assumida, consistente no dever de custódia<sup>3472</sup>.

Importa assinalar que os danos causados para além do cumprimento da obrigação não têm de ser danos verificados na pessoa do credor ou de terceiros. Pode, igualmente, tratar-se de dano no objeto da prestação. Imagine-se o seguinte caso: o trabalhador do empreiteiro realiza uma obra nova<sup>3473</sup>, na aceção

---

<sup>3472</sup> No mesmo sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 268 e 269.

<sup>3473</sup> Sobre as alterações por iniciativa do empreiteiro e as obras novas, cf. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *O contrato de empreitada – Alterações ao objecto do contrato e trabalhos extracontratuais*, em *Revista Jurídica*, N.º 21, Junho, 1997, pp. 229 e seguintes.



do art. 1217.º do CC, causando danos ao dono da obra na casa construída durante os trabalhos. A responsabilidade será obrigacional?

Trata-se aqui, claramente, de um trabalho *extracontratual*<sup>3474</sup>, pelo que, à partida, o regime do art. 800.º/1 não será aplicável.

Com efeito, o art. 1217.º/2 confere ao dono da obra o direito de, em alternativa:

- a) Recusar a obra
- b) Exigir a sua eliminação, se esta for possível.

Pode ainda exigir a indemnização pelos danos sofridos.

XXIII. No acórdão do STJ de 19 de outubro de 1975, no âmbito dos artigos 500.º e 501.º CC, o Estado foi considerado responsável pelos danos causados por um acidente de viação em que uma viatura militar estava a ser conduzida por um militar a quem tal função não fora atribuída e que não dispunha sequer de carta de condução.

Em anotação a este aresto, Vaz Serra sublinha que a lei não exige que o ato do comissário seja praticado, rigorosamente, na execução da comissão, até porque, se assim fosse, a responsabilidade do comitente praticamente deixaria de existir. Basta, pois, que “o fato danoso se insira no quadro geral da função confiada ao comissário”<sup>3475</sup>.

Contudo, de acordo com o STJ, o comitente deve mesmo responder “*pelos excessos unicamente tornados possíveis por causa das funções confiadas a quem os praticou*”, o que significa ir mais longe do que aquele Autor e admitir também a responsabilidade por atos praticados por ocasião do exercício das funções.

Contestando esta tese, Vaz Serra afirma<sup>3476</sup>:

---

<sup>3474</sup> JOÃO ESPÍRITO SANTO, *O contrato de empreitada – Alterações ao objecto do contrato e trabalhos extracontratuais*, ob. cit., p. 229, considera que são trabalhos extracontratuais aqueles que, “relacionados com a obra originária, não seriam necessários para a realizar nem poderiam considerar-se parte dela”.

<sup>3475</sup> Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, p. 317.

<sup>3476</sup> Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, p. 319.

- a) Se por hipótese alguém encarrega outrem de reparar um objeto existente em sua casa e o comissário, em razão do acesso privilegiado de que dispõe, entra em casa de um terceiro e furta dinheiro, pode parecer razoável a responsabilidade do comitente, *“visto haver uma relação causal entre a função e o dano”*;
- b) Os juízos de valor que justificam a responsabilidade pelos auxiliares parecem favorecer uma extensão da imputação aos fatos que se encontram em *conexão causal* adequada com a utilização de auxiliares;

No caso em apreço, Vaz Serra assinala que deveria ter sido analisado se o militar agia ou não como comissário do Estado no momento em que conduzia a viatura. A seu ver, a atuação do militar ocorreu *“no quadro geral da actividade de que fora incumbido, embora contra as instruções recebidas, pelo que, nos termos dos artigos 501.º e 500.º do Código Civil, o Estado é responsável pelos danos causados”*<sup>3477</sup>.

Assim, deve diferenciar-se entre:

- a) Danos causados no exercício de funções, embora contra as instruções do comitente;
- b) Danos causados por ocasião do exercício de funções.

XXIV. Romano Martinez considera que, em caso de substituto do devedor por meio de subcontrato, o devedor apenas responde quando os danos tenham sido causados no exercício das funções para as quais foi incumbido, admitindo, no entanto, as dificuldades inerentes à determinação da esfera de responsabilidade do devedor<sup>3478</sup>. O Autor sugere a resolução de tais dificuldades com recurso à *teoria da causalidade adequada*, considerando que *“quando o subcontraente, em razão do encargo confiado ou do direito atribuído, ficou colocado numa posição especialmente adequada para a prática do fato ilícito lesivo dos interesses do primeiro contraente, é o intermediário responsável pelos danos causados”*,

---

<sup>3477</sup> Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975, em Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, p. 320.

<sup>3478</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., pp. 143 e 144.

ainda que conclua afirmando que haverá que proceder a uma apreciação casuística de cada situação<sup>3479</sup>.

A nosso ver, esta afirmação mostra-se dificilmente conciliável com a primeira posição, ou seja, de que o devedor apenas responde pelos atos no âmbito do cumprimento. Com efeito, a invocação da causalidade adequada parece precisamente alargar a esfera de responsabilidade do devedor aos atos praticados por ocasião do cumprimento.

*XXV. A consequência não pode variar consoante seja o devedor ou um seu auxiliar a causar o dano: o efeito deve ser sempre ou a responsabilidade obrigacional, ou a delitual, independentemente da pessoa que, em concreto, origina a lesão.*

Tal como o artigo 800.º/1 CC declara, o devedor responde como se a atuação do representante legal ou do auxiliar fosse a sua própria atuação. Por isso, a questão coloca-se antes e independentemente do art. 800.º/1 do CC, sendo um problema de delimitação entre o âmbito obrigacional e o âmbito delitual.

Terá sido assim nalguns dos casos mais polémicos, referidos essencialmente na doutrina alemã:

- a) O devedor obrigara-se a fazer trabalhos de pintura na casa do credor, tendo utilizado um auxiliar<sup>3480</sup>. O auxiliar colocou uma pesada lata de tinta num espaço onde bloqueava um tubo de saída de água. Depois, com vista a limpar, abriu a central de água e uma torneira, que fechou de imediato, mas não a central de água, a qual, como não tinha por onde sair, produzindo uma inundação na casa do credor.

Aplicando o § 278 BGB, o Tribunal considerou que a atividade do auxiliar se inseria no conteúdo obrigacional devido.

- b) O transportador responde pelos danos causados no domicílio do cliente pelo seu pessoal com a introdução dos móveis transportados;

---

<sup>3479</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, ob. cit., p. 144.

<sup>3480</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., p. 823.

c) O proprietário de uma oficina responde pela utilização abusiva de uma viatura deixada por um cliente para efeitos de reparação por parte de um dos seus mecânicos;

d) O devedor responde pela subtração da coisa, sempre que o dever de custódia se integra no conteúdo obrigacional<sup>3481</sup>;

P.ex., uma empresa de vigilância responde, contratualmente, pelo furto cometido pelo próprio funcionário, sem prejuízo da responsabilidade delitual deste. O transportador responde assim pelo abuso de confiança cometido pelo condutor.

e) O locatário de um automóvel responde pelo furto deste por parte do seu motorista.

f) Em casa do credor as condutas de água estavam congeladas, tendo este contratado uma empresa para resolver o problema, que envolvia os danos numa bomba elétrica<sup>3482</sup>. A empresa utilizou no serviço um aprendiz, ao qual pediu a montagem de um interruptor de segurança, cabendo a outros funcionários o descongelamento dos tubos, através da utilização de um maçarico. Este, embora muito dedicado, era uma pessoa *notavelmente pouco inteligente*, segundo provado em tribunal: num momento de descuido, apodera-se de um maçarico e com ele queima um tubo, que não fazia parte dos que estavam congelados, o que provocou um fogo que destruiu totalmente a casa do cliente.

O tribunal aplicou o § 278 BGB, não obstante o auxiliar haver incumprido as instruções do devedor<sup>3483</sup>.

---

<sup>3481</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 283 refere, a este respeito, o disposto no artigo 1094.º CCE.

<sup>3482</sup> Caso referido por BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, ob. cit., pp. 823 e 824 e por DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187.

<sup>3483</sup> Comentando este caso, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 286 e 287, afirma: “si el deudor/principal

Contudo, como já tivemos oportunidade de referir, não nos parece que neste caso houvesse sequer dúvidas quanto à aplicação da responsabilidade por fato de outrem: aqui o auxiliar agiu, efetivamente, no cumprimento, ainda que contra as instruções do devedor, que eram somente de reparar a bom elétrica.

- g) O devedor alugou um armazém ao credor, no qual este guardava pinturas, azeite e gasolina, materiais altamente inflamáveis. Um empregado do arrendatário fuma no interior do armazém, atirando a beata descuidadamente para o chão e com isso causando um incêndio, que destrói o local<sup>3484</sup>.

O tribunal recusou a aplicação do § 278 BGB, solução com a qual Kupisch concorda<sup>3485</sup>. A argumentação foi que fumar seria um *ato privado*, fora do trabalho ou serviço prestado, praticado *por ocasião do cumprimento*, ou seja, *bei Gelegenheit der Erfüllung*. Assim, quanto muito, poderia ser aplicável a responsabilidade delitual.

Criticando esta decisão, Jordano Fraga afirma que *“el no fumar en la nave alquilada era debido (con arreglo a la buena fe y a los usos) por el deudor/principal, visto el tipo de mercancías que allí almacenaba”*<sup>3486</sup>. Pela nossa parte, não nos parece que se trate de um dever acessório, emanado da boa fé: faz parte integrante do dever principal do devedor, não é necessário retirar este dever da boa fé.

Contudo, alguma doutrina alemã introduz um elemento adicional, que consiste no fato de ser proporcionado ao auxiliar um *contato com o património do credor, durante um período de tempo prolongado*, situação que poderia justificar já a aplicação do § 278 do BGB<sup>3487</sup>. Segundo Krüger, para cumprir a finalidade da norma, o relevante é saber se a introdução do auxiliar aumentou o perigo, e isto

---

*hubiera actuado personalmente como lo hizo su auxiliar, habría respondido personalmente de forma contractual ante igual resultado danoso (al contenido de la obligación deu deudor, pertenece, incuestionablemente, un deber específico/contractual de uso prudente del soplete (...))”.*

<sup>3484</sup> Caso referido por BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824.

<sup>3485</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824.

<sup>3486</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 289.

<sup>3487</sup> Assim, WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 47.

deve ser afirmado, p.ex., quando o canalizador furta um fio de ouro do credor, *por ocasião*, no apartamento deste, pois basta que a introdução do auxiliar aumente a possibilidade de influência nos bens do credor<sup>3488</sup>.

- h) O transportador responde pelo atraso na entrega da mercadoria quando o condutor se demora devido a uma entrega de mercadoria contrabandeada.
- i) O devedor responde pelo ato do auxiliar que maltrata o cliente.
- j) O devedor eletricista responde pelo ato do auxiliar que esbofeteia o credor devido às suas opiniões políticas<sup>3489</sup>.

XXVI. Impõe-se uma tomada de posição sobre o presente ponto. Para esse efeito, vamos retomar o caso clássico do furto cometido pelo auxiliar e algumas das observações de Pedro Múrias.

Parece-nos que para estes casos é fulcral atentar na redação – porventura infeliz – da parte final do n.º 1 do artigo 800.º do CC: o devedor é responsável *como se faltasse ele mesmo ao cumprimento*. Pergunta-se, como salienta Pedro Múrias<sup>3490</sup>: *se em vez do auxiliar o autor do furto fosse o devedor, seria este chamado a responder por via obrigacional?* Parece-nos indubitável que não. Responderia sim, eventualmente, em termos delituais, não obstante também aqui ter sido o contrato a proporcionar a *ocasião* para perpetrar o ato ilícito.

---

<sup>3488</sup> Assim, WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 47.

<sup>3489</sup> Caso referido por BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), ob. cit., p. 824.

<sup>3490</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 188. Todavia, o Autor parece posteriormente pôr em causa este critério, na nota 165, onde afirma: “Da argumentação apresentada, contestamos ainda, naturalmente, a necessidade de perguntar se o devedor responderia obrigacionalmente – Nach Obligationsgesichtspunkten haften) estando no lugar do seu auxiliar. Essa afirmação revela algum conceitualismo e pressupõe um entendimento global destas matérias que no presente trabalho precisamente se investiga.”.

Onde talvez já não concordemos com este Autor será na resposta a esta pergunta, pois parece dar a entender que o devedor responderia, ao afirmar que “*assim dispara o risco de responsabilidade para o devedor*”, bem como que não pode correr pelo credor o “*risco relativo à livre introdução do terceiro pela contraparte*”<sup>3491</sup>.

Isto na medida em que:

- a) Quanto à primeira observação, nos parece que o devedor responderia, mas não como devedor, e antes a título delitual;
- b) Quanto à segunda nota, se o fundamento for – contrariamente ao que a letra do n.º 1 do artigo 800.º parece anunciar – o risco resultante da introdução de terceiros na relação obrigacional, então aí a responsabilidade do devedor pode ser afirmada, sendo certo porém que, se fosse ele a praticar o ato, não responderia em termos obrigacionais.

Pedro Múrias procura justificar esta ideia de *inserção de risco na relação obrigacional* afirmando que é por existir uma relação de confiança entre credor e devedor que aquele abre a porta ao auxiliar, sendo que este dá origem ao dano aproveitando essa relação de confiança<sup>3492</sup>, entendimento que, como vimos, é sustentado também por parte da doutrina alemã.

No entanto, pela nossa parte, temos algumas dúvidas que assim seja. A relação obrigacional não acarreta, necessariamente, a confiança na pessoa do devedor e nos seus auxiliares<sup>3493</sup>, embora seja certo que frequentemente impõe que lhe seja conferido o acesso a locais que, de outro modo, dificilmente seriam acessíveis para o autor material do ato ilícito. Mas será que a circunstância de o devedor *dar origem à oportunidade* para o auxiliar praticar o ato ilícito tem conexão suficiente com o dano sofrido pelo credor para que responda pelo mesmo, ainda para mais em termos obrigacionais?

---

<sup>3491</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 188.

<sup>3492</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 188.

<sup>3493</sup> No mesmo sentido, um pouco depois na sua explicação, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 188, parece rejeitar o princípio da tutela da confiança, dando o exemplo do electricista encontrado nas Páginas Amarelas.

A análise do requisito do nexo de causalidade parece afastar esta possibilidade. Com efeito, a causa adequada ao dano sofrido pelo credor é o ato praticado pelo auxiliar, não é a existência da relação obrigacional, ainda que esta seja o pressuposto para que o auxiliar contacte com esse património do credor.

XXVII. A doutrina maioritária invoca o critério dos *interesses ligados à relação contratual*, não admitindo que o devedor responda por ilícitos deste género (exemplo clássico do aprendiz de relojoeiro que parte o relógio, ao atirá-lo contra o credor). Refutando esta tese, Pedro Múrias afirma que “*sem a relação contratual nunca o aprendiz teria a possibilidade de tocar no relógio, quanto mais de parti-lo*”. Neste sentido, invoca o artigo 767.º CC, nos termos do qual o credor fica sujeito à entrada de terceiros na relação, deste modo procurando justificar a imputação ao devedor<sup>3494</sup>.

Reconhecemos que o artigo 767.º CC constitui um importante argumento. Mas talvez então, se tiver de ser assim, esta responsabilidade não resulte do artigo 800.º, e antes de outros pontos do sistema. Porque a responsabilidade que aqui se regula é a obrigacional, pelo incumprimento da obrigação, e não por outros danos que o credor venha a sofrer, ou melhor, por danos que o credor venha a sofrer noutros direitos de que seja titular, que não o próprio direito de crédito.

Diferentemente se parece posicionar Pedro Múrias, ao afirmar que o devedor está adstrito não apenas ao dever de realizar a prestação, como também ao *dever geral de respeito da pessoa e património do credor*, pelo que, usando auxiliares, também estes devem respeitar os mesmos valores, sendo que, tendo sido o devedor a livremente introduzir terceiros, “*aumentando o leque de potenciais lesantes, fica responsável por eles. O credor é que não pode ser prejudicado sujeitando-se a um risco que outro criou*.”<sup>3495</sup>.

---

<sup>3494</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 188.

<sup>3495</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 189.



A fundamentação assenta, por conseguinte, na *ideia de risco*, que é duvidoso que seja a mais adequada para atribuir como base do artigo 800.º/1 do CC. E prossegue ainda considerando que, muito embora se trate da responsabilidade pela ofensa a *direitos absolutos*, neste caso era o devedor o titular do dever objetivamente violado<sup>3496</sup>.

Tendemos a discordar desta perspetiva, que nos parece algo incoerente:

- a) Ou bem que o devedor responde pelo risco na relação decorrente da introdução de terceiros – o que nos parece que, em abstrato, poderia resultar da aplicação conjugada de um conjunto de normas, de entre as quais se pode contar o artigo 767.º mas não tanto o artigo 800.º;
- b) Ou bem que o devedor responde porque o dever violado é um dever obrigacional, à luz do artigo 800.º.

No entanto, os dois fundamentos, em simultâneo, parecem-nos incompatíveis.

Pense-se, por hipótese, nos seguintes casos:

- a) Não obstante o furto de um objeto do credor, a obrigação, p.ex. de reparação de uma canalização, foi corretamente cumprida. Responde o devedor, em termos obrigacionais, pela atuação do seu auxiliar?
- b) O auxiliar agrediu o credor mas fê-lo porque entre o auxiliar e o credor existia uma outra relação, sem que o devedor o soubesse.

Todos estes exemplos parecem significar que não pode ser sem mais responsabilizado o devedor, pelo menos tal não pode acontecer sem um cuidado redobrado ou uma fundamentação adequada.

Parecendo constatar esta incoerência, Pedro Múrias conclui que “*talvez não se trate de uma aplicação direta do artigo 800.º, sendo no entanto as suas valorações que estão em jogo*”, considerando que “*O onerado com um dever responde pelos actos das pessoas a quem tenha dado a possibilidade de prejudicar os fins visados com a sua*

---

<sup>3496</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 190.

*instituição, como se tais actos fossem praticados pelo próprio.*"<sup>3497</sup>. No entanto, ainda assim, mantemos as dúvidas acima suscitadas.

XXVIII. O Autor dá-nos um derradeiro exemplo de situações em que o devedor responde, nos termos do artigo 800.º/1 CC, pela violação do dever geral de respeito. R pretende pregar uma partida a S, sua amiga, fingindo apagar um texto do seu computador. Subtrai a chave da casa de S e pede a T, técnico de computadores, que o faça. T, que era pessoa de confiança, faz o solicitado e aproveita para furtar um objeto de S. Segundo a perspetiva sustentada, *"Não obstante se poder ver alguma ilicitude no comportamento de Rui, é o art. 800º que directamente funda a sua responsabilidade pelo sucedido, maxime se tivermos em conta que ele tivera todos os cuidados imagináveis com vista a certificar-se da honestidade de Tiago."*<sup>3498</sup>.

Não vemos como suscitar a aplicação do artigo 800.º a este caso. Com efeito, inexistente qualquer obrigação entre S e R, não se podendo vislumbrar que S seja credora de qualquer prestação por parte de R. Este é que se imiscui na esfera jurídica de S, praticando um ato ilícito do ponto de vista extra-obrigacional e contando para esse efeito com o auxílio de T. Parece-nos que aqui poderia ser chamado antes à colação o artigo 500.º - havendo contudo o problema da eventual ausência de subordinação entre R e T, para a doutrina que exija tal pressuposto.

XXIX. Vamos agora tentar alcançar uma conclusão, assente nas seguintes ideias chave:

- a) O devedor apenas responde pelo ato do auxiliar se se puder afirmar que, caso tal comportamento tivesse provindo do próprio devedor, ele seria igualmente responsável, bem como que o seria a título obrigacional;

---

<sup>3497</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 190.

<sup>3498</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 191.

- b) No âmbito da obrigação estão incluídos não apenas o dever principal e deveres secundários, como também deveres acessórios e de proteção da pessoa e património do credor;
- c) Pelo ato praticado pelo auxiliar no tempo e espaço do cumprimento da obrigação que afete um dos interesses protegidos pela obrigação, responde o devedor, nos termos do art. 800.º/1 do CC;
- d) Pelo ato praticado pelo auxiliar ao mesmo tempo e no mesmo local em que a obrigação é executada, mas que atinge um interesse que se situa fora do âmbito de proteção obrigacional, responde apenas o próprio autor do fato, a título delitual; o devedor apenas poderá ser chamado a responder em termos também delituais, se se preencherem os requisitos do art. 500.º CC.

Logo, nos casos analisados pela doutrina:

- a) A empresa de segurança responde, pelo art. 800.º/1 do CC, pelo furto cometido por um dos seus trabalhadores: trata-se do incumprimento da obrigação principal a que a empresa se vinculou perante o cliente;
- b) A empresa de canalização responde pelo incêndio causado por um funcionário seu que se desloca a casa do credor e não apaga devidamente o cigarro: trata-se aqui de um dever obrigacional, secundário;
- c) A mesma empresa não responde pela violação da filha do credor cometida por esse mesmo funcionário: em causa está um direito absoluto, aliás de um terceiro e não do credor.



## Fato imputável ao representante legal ou ao auxiliar?

I. A letra do artigo 800.º/1 do CC não requer que o auxiliar pratique um ato ilícito e culposo, contrariamente ao que é sustentado, pelo menos por parte da doutrina, a respeito do artigo 500.<sup>3499</sup>.

Esta formulação diverge do § 278 BGB, cuja epígrafe declara *Verschulden des Erfüllungsgelhilfen* e do artigo 1228.º do *Codice*, que refere os *fatti dolosi o culposi* dos auxiliares.

Coloca-se então a questão de saber se a aplicação deste preceito exige ou não a prática de um ato ilícito e culposo por parte do auxiliar, questão similar, aliás, à discutida a respeito do artigo 500.<sup>3500</sup>.

II. Para Brandão Proença, isto não significa que o artigo 800.º contenha uma previsão de “*responsabilidade plenamente objetiva*”<sup>3501</sup>, pois, de acordo com a sua posição, o propósito do legislador foi evitar que o artigo 800.º resultasse num regime mais benéfico ou mais desfavorável para o credor do que o resultante da própria atuação pessoal do devedor: assim, o credor não deve nem beneficiar, nem ser prejudicado, pelo fato de o devedor usar de auxiliares no cumprimento, e, nesse sentido, como o devedor só responde se tiver culpa,

---

<sup>3499</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 253; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 245.

<sup>3500</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 333 e 334, considera que, apesar da formulação duvidosa do preceito, o dano tem de poder ser imputado ao comissário a título subjetivo, ainda que com recurso a presunção de culpa, invocando ainda como argumento a função de garantia atribuída à responsabilidade do comitente. A favor da imputação ao comissário a título subjetivo, PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., pp. 25 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, ob. cit., pp. 644 e seguintes. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 612 e 613, considera que o dano pode ser imputado ao comissário tanto a título subjetivo, como objetivo, pelo risco. Admitindo também a imputação do dano ao comissário em termos amplos, cf. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 305 e seguintes.

<sup>3501</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 254.

também só deve responder se houver culpa dos seus auxiliares ou representantes legais<sup>3502</sup>.

III. Parece pronunciar-se em sentido diferente Alberto González: *“Tal como na responsabilidade do comitente, pressupõe-se que, não fora a sua função de colaborador, o representante ou o auxiliar seriam responsáveis perante o credor pelos danos derivados da sua própria conduta”*, donde resulta a exigência de que a atuação do representante ou auxiliar seja ilícita e culposa<sup>3503</sup>. Assim também Maria Victória da Rocha, ao considerar que a inimputabilidade do auxiliar exonera o devedor, a menos que se aplique o art. 488.º CC, ainda que pareça criticar a solução<sup>3504</sup>. A Autora acaba por concluir: *“É, no entanto, entendimento generalizado que a responsabilidade do devedor nos termos do art. 800.º, n.º 1, exige a culpa do auxiliar. O raciocínio é o seguinte: o devedor é responsável como se os actos do terceiro fossem praticados por ele próprio, sendo a responsabilidade contratual subjectiva, isto significa que o acto do terceiro tem, em princípio, de ser doloso ou culposo”*<sup>3505</sup>.

Devemos, porém, acrescentar que, contrariamente à responsabilidade do comitente, em que o comissário efetivamente responde, havendo uma situação de responsabilidade solidária, no art. 800.º é pressuposto a inexistência de responsabilidade do auxiliar.

IV. O entendimento propugnado segue a orientação dada por Vaz Serra e aponta para uma espécie de ficção legal: a conduta do auxiliar deve ser projetada na pessoa do devedor de modo a aferir se, caso fosse este o agente dessa conduta, seria ou não responsável pelos danos causados ao credor.

---

<sup>3502</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 254.

<sup>3503</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 207.

<sup>3504</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., pp. 98 e 99.

<sup>3505</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 99.

V. Na conceção alemã, é necessário porém que se verifique um fato ilícito do auxiliar<sup>3506</sup>. A doutrina alemã faz uma ligação entre os §§ 276 e 278 do BGB, de forma a justificar que a atuação do auxiliar de cumprimento deve ser culposa, tal como a do devedor tem de o ser, quando se trata de responsabilidade obrigacional direta<sup>3507</sup>.

Por conseguinte, o devedor apenas responde pelos atos culposos do auxiliar, ou seja, quando este haja “incumprido” com culpa, não respeitando os parâmetros mínimos de diligência que eram exigíveis ao devedor, acaso fosse este a cumprir, diretamente, a obrigação. Destarte, a exigência é no sentido de que se verifique um ato culposos, não tanto de um ato ilícito, já que, como vimos, por definição o terceiro não se encontra obrigado a cumprir perante o credor.

Em sentido diverso parece pronunciar-se Von Caemmerer, ao considerar que a técnica do § 278 do BGB pode indicar dois tipos de ficção: por um lado, a ficção de que há uma obrigação do próprio auxiliar, que teria sido a sustentada por Oertmann, ou, por outro, a presunção de que não tinha sido uma atuação do auxiliar mas sim do devedor, mas, a seu ver, ambas as ficções são desnecessárias e de rejeitar. Relevante é que o devedor responda pela atuação dos auxiliares, ainda que especializados, o que pode explicar o recurso a esta técnica, pelo que<sup>3508</sup>:

- a) Se o devedor recorrer a um auxiliar inimputável, há responsabilidade subjetiva, por fato próprio;
- b) Se no entanto o devedor não tiver culpa – por ter escolhido bem o auxiliar, desconhecendo a inimputabilidade, então não responde também pelo § 278 BGB, porque este preceito não visa aumentar a responsabilidade do devedor e tão-só fazer com que este responda como responderia se tivesse sido o próprio devedor a agir.

---

<sup>3506</sup> EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., pp. 504 e 505. Neste sentido, cf. também HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 385.

<sup>3507</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 534, abordando esta doutrina, afirma: “presupone, sí, la culpa (o el dolo) del tercero auxiliar, pero ésta se imputa objetivamente al sujeto responsable: el deudor/principal responde objetivamente por una culpa ajena, de otro, y no responde por una culpa pessoal suya”.

<sup>3508</sup> ERNST VON CAEMMERER, *Verschulden von Erfüllungsgehilfen*, ob. cit., pp. 39 e seguintes.

VI. Também Ferrara exige, para que o devedor responda, que se verifique um fato culposo por parte do auxiliar<sup>3509</sup>. Para este Autor, se o ato do auxiliar foi praticado por este num momento de inconsciência ou involuntariedade, o devedor não responde: *“Il debitore dunque risponde di regola soltanto dei fatti colposi dei suoi ausiliari, non dei fatti fortuiti, involontari o dei danni prodotti da cose od oggetti inanimati”*<sup>3510</sup>.

VII. Em França, exigem que o terceiro tenha praticado um ato culposo os Mazeaud<sup>3511</sup>. Alguma doutrina diferencia consoante esteja em causa uma obrigação de meios ou de resultado: nas obrigações de meios, o credor teria de provar a culpa do terceiro, já nas de resultado bastaria demonstrar que o resultado devido não fora atingido<sup>3512</sup>.

Não parece de aceitar esta distinção, estando desde há muito, entre nós, ultrapassada a diferenciação entre obrigações de meios e de resultado para efeitos de aplicação das regras do incumprimento obrigacional<sup>3513</sup>.

Diferentemente, Becqué parece considerar que o devedor responde sempre, mesmo na ausência de *faute* do auxiliar, uma vez que este não é estranho ao devedor, não constituindo o seu ato uma causa externa para efeito do artigo 1147.º CCF<sup>3514</sup>. Na sua perspetiva, se fosse exigível que o auxiliar praticasse, em sentido próprio, um ato ilícito e culposo, então o devedor não seria responsável caso aquele padecesse de inimputabilidade, ou se, aquando

---

<sup>3509</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 518 e seguintes.

<sup>3510</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 521.

<sup>3511</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1029.

<sup>3512</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 535.

<sup>3513</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 123 e seguintes. Cf. ainda MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volume I, ob. cit., pp. 27 e seguintes.

<sup>3514</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 304.



do ato, estivesse numa situação de falta de discernimento<sup>3515</sup>. Essas situações passariam assim a correr pelo risco do credor, o que não se afigura admissível.

Assim, afirma: *“même dans les législations où la responsabilité du débiteur repose sur un fondement psychologique et exige une faute, la responsabilité du fait des auxiliaires devrait exister indépendamment de toute faute de l’auxiliaire, car cette exigence est en contradiction avec les motifs économiques de la responsabilité contractuelle pour autrui”*<sup>3516</sup>.

VIII. Também Jordano Fraga rejeita a exigência de um ato culposo por parte do terceiro auxiliar. Aliás, este Autor faz uma observação que nos parece extremamente relevante: é que, caso se entenda que é necessária a prática de um ato culposo por parte do terceiro, então o devedor poderia liberar-se da sua responsabilidade, acaso demonstrasse que, na realidade, este terceiro atuara sem culpa<sup>3517</sup>... O que, em face do disposto no artigo 800.º/1 CC, não parece que tal possa ocorrer.

De acordo com este Autor, a responsabilidade indireta do devedor é efetivada *como se a execução da obrigação tivesse sido feita pelo próprio devedor*, o que significa que, quanto às exigências que devem ser feitas em relação à atuação do terceiro, são as mesmas que seriam se fosse o devedor, diretamente, a atuar. Por conseguinte, o devedor *“responde por sus auxiliares de cumplimiento cuando el (exacto) cumplimiento de su obligación ha sobrevenido imposible por culpa de éstos [en la evitación/previsión del evento que les impide cumplir o hacer exactamente], pero también cuando, no habiendo culpa de los auxiliares de cumplimiento, la prestación debida (el [exacto] cumplimiento no realizado) es todavía posible (no ha sobrevenido imposible)”*<sup>3518</sup>. Contudo, há que ter em consideração que, para este Autor, a culpa ou dolo do devedor não são pressupostos da responsabilidade

---

<sup>3515</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 301.

<sup>3516</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 303.

<sup>3517</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 536.

<sup>3518</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 545.

obrigacional direta<sup>3519</sup>, donde, do mesmo modo, não poderiam igualmente ser pressupostos da responsabilidade obrigacional indireta.

IX. Em Portugal, Jaime Gouveia refere que o devedor apenas responde pelos atos dos auxiliares que sejam ilícitos e culposos<sup>3520</sup>. Do mesmo modo, a nível extracontratual, é sabido que o comitente apenas responde pelos fatos imputáveis ao comissário<sup>3521</sup>.

Era também esta a perspetiva de Vaz Serra: o devedor responde pela culpa dos auxiliares e, para se exonerar, precisa de fazer uma dupla elisão, provando que não teve culpa e que os seus auxiliares também não tiveram culpa<sup>3522</sup>.

No mesmo sentido, ao abrigo do atual artigo 800.º/1 do CC, se pronunciam Pires de Lima e Antunes Varela: o auxiliar tem de praticar um ato culposos<sup>3523</sup>, de forma que o fato lhe seja imputável, ainda que sublinhem que a afirmação deve ser entendida em termos hábeis, porquanto, sendo o devedor um incapaz, ela não significa que os atos do representante se possam considerar como atos do incapaz<sup>3524</sup>.

Note-se que a existência ou não de um fato ilícito e culposos por parte do auxiliar tem consequências importantes a nível do direito de regresso<sup>3525</sup>, que apenas terá lugar no primeiro caso<sup>3526</sup>.

---

<sup>3519</sup> Cf. também FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 551. Todavia, note-se que o mesmo Autor, nas pp. 552 e seguintes, parece contrariar este entendimento, ao exigir a atuação culposa por parte do auxiliar, quer nas obrigações de meios, quer nas de resultado.

<sup>3520</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 424.

<sup>3521</sup> Sendo discutível que seja necessária a prática de um ato ilícito e culposos. Na sentença do Tribunale di Arezzo de 16 marzo 1960, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIII, Ano 1960, p. 859, exige-se expressamente a prática de um fato ilícito e culposos por parte do comissário. Tratava-se de um caso em que o comissário causou um dano a outrem, no exercício de legítima defesa putativa, tendo o Tribunal considerado que apenas o comissário deveria responder.

<sup>3522</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 278 e seguintes.

<sup>3523</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 104.

<sup>3524</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56.

<sup>3525</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 285, considerando existir este direito de regresso.

<sup>3526</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, p. 310.

Já Pessoa Jorge considerava que o devedor deveria ficar na mesma situação que estaria se tivesse sido ele próprio a atuar, projetando-se a culpa do auxiliar na sua pessoa, não respondendo de forma mais ampla por recorrer a auxiliares, mas exatamente da mesma forma, pelo que não seria preciso uma culpa autónoma do auxiliar, já que a “culpa” deste se considera como sendo a culpa do devedor<sup>3527</sup>.

Maria Vitória Rocha e Maria da Graça Trigo parecem contestar a admissibilidade deste requisito<sup>3528</sup>. Esta última Autora acaba por considerar, todavia, que o art. 800.º/1 do CC acolhe a tese da ficção, pelo que efetivamente “a actuação dolosa ou negligente do auxiliar configura uma actuação dolosa ou negligente do devedor”, ainda que, na sua opinião, esta não seja a solução ideal, por não ser efetivamente possível fazer a averiguação da culpa na pessoa do auxiliar e depois a sua transposição para o devedor<sup>3529</sup>.

Carneiro da Frada nega igualmente a necessidade de culpa do auxiliar, precisamente devido à diferente técnica que existe entre os artigos 500.º e 800.º, já assinalada, uma vez que este último *projeta a atuação do auxiliar na pessoa do devedor*, como uma espécie de ficção<sup>3530</sup>.

X. A nosso ver, há que atentar na formulação legal. Tudo se passa *como se fosse* o próprio devedor a atuar<sup>3531</sup>, pelo que:

- a) O devedor mantém a possibilidade de atenuar a sua responsabilidade nos termos legalmente admitidos;
- b) O critério de apreciação da culpa é em princípio o da culpa *in abstracto*;

---

<sup>3527</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 143 e seguintes.

<sup>3528</sup> MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 246.

<sup>3529</sup> MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 254 e 255.

<sup>3530</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 209 e seguintes.

<sup>3531</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 447, salienta que se trata aqui de uma *ficção*, sendo o comportamento do auxiliar representado na pessoa do devedor.

- c) A demonstração da inimputabilidade do auxiliar ou de fatos de exclusão da sua culpa não afasta, na nossa opinião, a responsabilidade do devedor<sup>3532</sup>.

Assim sendo, caso o devedor logre demonstrar que o dano ocorreu devido a fato do credor ou de terceiro, bem como a força maior ou caso fortuito, deixará de ser responsabilizado pelo artigo 800.º/1 do CC. Contudo, ao invés, se o dano ocorreu devido a um fato não imputável a culpa do seu auxiliar, ainda assim ele deve responder, mesmo que não tenha culpa. Observe-se a este respeito dois casos possíveis:

- a) O devedor envia ao domicílio do credor o seu trabalhador A, com vista a realizar uma reparação. A era um trabalhador com qualificações para o trabalho e nunca antes revelara qualquer indício de ter qualquer problema de saúde. Durante a reparação, A sofre um ataque epilético e destrói o bem do credor que estava a ser reparado;
- b) O devedor envia ao domicílio do credor o trabalhador A, apesar de este padecer de doença conhecida de epilepsia.

Parece-nos que *em ambos os casos deve ser afirmada a responsabilidade do devedor, ainda que com fundamento diverso*, uma vez que, no primeiro caso, não se encontra um fato imputável ao auxiliar. Não obstante:

- a) No primeiro caso, o devedor responde em moldes objetivos, por ter introduzido o auxiliar no cumprimento – art. 800.º/1 do CC;
- b) No segundo caso, a responsabilidade do devedor é subjetiva, já que escolheu mal o auxiliar, ato que é causa adequada do dano sofrido pelo credor.

XI. Relacionada com esta é a questão de saber se o devedor goza de “direito de regresso” contra o auxiliar ou representante legal.

Brandão Proença sustenta haver um “*direito de reembolso*”, não reconduzível a um direito de regresso e que dependerá, em última análise, da

---

<sup>3532</sup> Contra, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 255, sublinhando que em relação aos representantes legais a aplicação da tese “ficcionalista” é utópica, devendo ser valorada autonomamente a sua culpa.

relação existente entre o devedor e o seu auxiliar, atendendo desde logo ao eventual desrespeito das instruções recebidas ou à existência de uma cláusula contratual que determina tal responsabilidade.

XII. Por outro lado, se o terceiro, auxiliar, houver praticado um ato ilícito, pode ser responsabilizado diretamente pelo credor, nos termos da responsabilidade delitual, sem prejuízo de se manter a responsabilidade obrigacional do devedor ao abrigo do art. 800.<sup>3533</sup>.

Para Messineo, embora o terceiro possa responder, a título delitual, não se verifica responsabilidade solidária com o devedor, uma vez que o título de imputação não é o mesmo<sup>3534</sup>. Entendimento que não acompanhamos, uma vez que se opõe ao disposto no artigo 497.º/1 do CC, que parece conter aqui uma norma geral, aplicável independentemente do tipo de responsabilidade.

---

<sup>3533</sup> Neste sentido, no Direito italiano, cf. GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 640.

<sup>3534</sup> Assim, FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, ob. cit., p. 323.



## O devedor responde *como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor*

I. O devedor responde pelos actos dos terceiros *como se estes actos tivessem sido praticados pelo próprio devedor*, porquanto, mesmo não tendo sido o devedor a atuar, a lei considera que a actuação do terceiro o beneficia. Ora, se fosse o devedor a praticar tais actos, e, em consequência disso, o credor sofresse danos, seria o devedor diretamente responsável; tendo sido o terceiro o autor do acto que causou dano ao credor, mas sendo o terceiro alguém que se encontra em relação especial com o devedor, este responde por aquele ato, tratando-se agora de responsabilidade indirecta.

II. Daqui decorre, desde logo, que o padrão de exigência aplicável à actuação do auxiliar é aquele que é exigível ao próprio devedor, caso fosse este mesmo a realizar a prestação<sup>3535</sup>.

A culpa do auxiliar é assim apreciada com base nos critérios que seriam aplicáveis ao devedor, se tivesse sido ele próprio a agir, devido à técnica utilizada pelo legislador no n.º 1 do artigo 800.º, de projetar a actuação do auxiliar na pessoa do devedor. Assim, *“sempre que o grau de culpa do devedor fosse relevante, sê-lo-á o grau de culpa do auxiliar”*<sup>3536</sup>.

Por essa razão, há também que atender aos termos do contrato. Se, por exemplo, o devedor se houver obrigado a responder em caso de culpa própria leve, ele irá igualmente responder nos mesmos termos para os atos dos seus auxiliares<sup>3537</sup>.

III. Sobre este ponto, afigura-se de acolher o entendimento de Ana Prata, relativamente ao caso em que a actuação do auxiliar seja lícita, por se aplicar à sua pessoa uma determinada causa de justificação, inaplicável no entanto ao próprio devedor. Aqui, segundo o entendimento desta Autora, o devedor não

---

<sup>3535</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 640.

<sup>3536</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 749.

<sup>3537</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 302.

fica exonerado, já que o critério de ponderação a atender não é o relativo ao auxiliar, mas antes o aplicável ao próprio devedor<sup>3538</sup>.

IV. Como já se referiu, o devedor responde por todos os atos dos seus auxiliares praticados no cumprimento da obrigação, mesmo que se trate de fatos praticados com dolo<sup>3539</sup>. De acordo com o artigo 800.º, n.º 1, o devedor responde *como se tais atos tivessem sido praticados por ele próprio*: ora, como em regra a responsabilidade obrigacional é subjetiva, de acordo com o artigo 798.º do CC, tal exigência importa a necessidade de se verificar uma atuação culposa por parte do auxiliar<sup>3540</sup>.

Tal aplica-se, de igual forma, ao representante e ao auxiliar: tanto a atuação de um como a de outro se repercutem, para todos os efeitos, na esfera jurídica do representado ou auxiliado<sup>3541</sup>. Razão pela qual, como já foi referido, a presunção do artigo 799.º é também aplicável ao auxiliar<sup>3542</sup>.

---

<sup>3538</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 687.

<sup>3539</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 300.

<sup>3540</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 747.

<sup>3541</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 633.

<sup>3542</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 749.



## Culpa do lesado

I. Pode acontecer que, cumulativamente com a responsabilidade do devedor por fato dos seus auxiliares, se verifique uma contribuição do próprio credor para a ocorrência da lesão. Esta situação encontra-se prevista nos artigos 570.º e 571.º do CC<sup>3543</sup>.

II. O conceito de culpa do lesado não implica a prática, por parte deste, de um fato ilícito. Exige-se apenas a sua culpa, em sentido *impróprio*, já que não estamos diante da violação de um dever, mas antes, como Enneccerus refere, em face da *“omisión de la diligencia exigible en el tráfico, en virtud de la cual podría haberse evitado el propio dano”*<sup>3544</sup>. Contudo, o lesado terá de ser imputável, ainda que não seja necessário que pratique um ato ilícito propriamente dito, sendo suficiente *“o desrespeito de um ónus jurídico, uma vez que não existe o dever jurídico de evitar a ocorrência de danos para si próprio”*<sup>3545</sup>.

III. A culpa do lesado pode referir-se à atuação do próprio credor, bem como das pessoas que este utiliza, tal como resulta do disposto no artigo 571.º CC, a ele equiparadas<sup>3546</sup>:

*Ao fato culposo do lesado é equiparado o fato culposo dos seus representantes legais e das pessoas de quem ele se tenha utilizado.*

Trata-se aqui de uma *“responsabilidade contra si próprio por fato de terceiro”*<sup>3547 3548</sup>. Por força deste regime, havendo culpa do lesado, bem como

---

<sup>3543</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 170. Cf. também PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra editora, 2006, pp. 261 e seguintes.

<sup>3544</sup> LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, Barcelona, Bosch, 1933, p. 79.

<sup>3545</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 296. PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 263, assinala que é necessário que se verifique um *“juízo de censura acerca da conduta do lesado, não bastando a mera causalidade do seu comportamento em relação aos danos”*.

<sup>3546</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 297.

<sup>3547</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 215, referindo porém a impropriedade desta expressão.

culpa de um seu *representante* ou de um dos seus *auxiliares*, ou seja, de pessoa que o lesado tenha utilizado, opera a exclusão ou redução da indemnização prevista no artigo 570.<sup>3549</sup>. Esta é uma situação de *concausalidade*<sup>3550</sup>.

O art. 571.<sup>o</sup> imputa ao lesado a atuação culposa de pessoa de cuja atuação este beneficie, tal como o faz o artigo 800.<sup>o</sup>/1 do CC. Assim, a lei equipara o fato culposo do lesado ao fato culposo dos seus representantes legais ou auxiliares, imputando ao lesado os fatos culposos das pessoas por quem poderia responder se estas causassem prejuízos a terceiros<sup>3551</sup>.

Tratando-se de norma geral, é ainda aplicável quer se trate de responsabilidade delitual, quer obrigacional.

Portanto, o lesado é aqui chamado a responder, em termos objetivos, pela atuação culposa dos seus representantes legais ou auxiliares.

IV. Se, havendo presunção de culpa, o artigo 570.<sup>o</sup>/2 CC exclui a obrigação de indemnizar, coloca-se a questão de saber se o mesmo se verifica em caso de responsabilidade objetiva. Almeida Costa aventa a aplicação analógica do preceito<sup>3552</sup>, mas parece que a melhor solução passa por interpretação enunciativa, assente num argumento de maioria de razão<sup>3553</sup>.

---

<sup>3548</sup> Cf. também RITA LYNCE DE FARIA, *A mora do credor*, Lisboa, LEX, 2000, em especial as pp. 21 e seguintes, acerca da recusa, pelo credor, da colaboração necessária ao cumprimento, que pode consistir em: a) omissão dos atos necessários para que o devedor cumpra a obrigação; b) o elemento objetivo da prestação, que se encontra na esfera de controlo do credor, falha por algum motivo, não permitindo ao devedor cumprir; c) o credor, mediante um comportamento ativo, impede o devedor de cumprir.

<sup>3549</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 781 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 295 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 729 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 378 e seguintes.

<sup>3550</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 781.

<sup>3551</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 784.

<sup>3552</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 781.

<sup>3553</sup> Sobre a interpretação enunciativa, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 469. A favor da aplicação do art. 570.<sup>o</sup>/2 do CC à responsabilidade objetiva, cf. também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 296.

V. A culpa de terceiros nem sempre tem efeitos na indemnização, desde logo quando a lei assim o determine, como sucede no art. 7.º/2 da Lei sobre a responsabilidade do produtor e no art. 17.º LAT<sup>3554</sup>.

O mesmo se diga quanto à culpa do lesado, p.ex. art. 14.º LAT<sup>3555</sup>.

---

<sup>3554</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 172.

<sup>3555</sup> Sobre o tema, cf.: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Acidentes de trabalho*, ob. cit., pp. 88 e seguintes.

No Direito Italiano: G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume I – Colpa extracontrattuale, 2.<sup>a</sup> edizione, Milano / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1903, pp. 214 e seguintes.



## Cláusulas de exclusão da responsabilidade do devedor

I. Por cláusula de limitação de responsabilidade<sup>3556</sup> deve entender-se uma “convenção através da qual o interessado procura acautelar-se contra as sanções a que pode sujeitá-lo a aplicação do sistema normativo”<sup>3557</sup>. Por seu turno, a cláusula de exclusão será uma “convenção destinada a afastar antecipadamente a responsabilidade em que, sem ela, o devedor incorreria pelo não cumprimento da obrigação”<sup>3558 3559</sup>.

A cláusula de exclusão, como assinala Pinto Monteiro, “actua tão-só e apenas, no plano da responsabilidade, razão por que, se for válida, só prejudica o direito à indemnização, deixando intactos os demais direitos do credor, entre os quais de pedir o cumprimento da obrigação e a execução específica, o de resolver o contrato, etc.”<sup>3560</sup>.

Tanto a cláusula de exclusão, como a de limitação, se podem referir a<sup>3561</sup>:

- a) Atos próprios;
- b) Atos de terceiros – art. 800.º/2 CC<sup>3562</sup>.

---

<sup>3556</sup> Sobre o tema, cf. por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 273 e seguintes; *A pena e o dano*, em *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 659 e seguintes; *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, em AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 281 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro*, em *Scientia Iuridica*, Abril – Junho, Tomo LV, N.º 306, 2006, pp. 241 e seguintes.

<sup>3557</sup> Neste sentido, cf. BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, em *Revista O Direito*, Ano 141.º, 2009, II, pp. 377 e seguintes.

<sup>3558</sup> BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, pp. 377 e seguintes.

<sup>3559</sup> Ambas se opõem à cláusula penal. Sobre esta, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Artigo 811.º, n.º 3, do Código Civil: “requiem” pela cláusula penal indemnizatória?*, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 153 e seguintes. O Autor sublinha, a p. 168, que o novo n.º 3 do art. 811.º do CC apenas é aplicável “quando exista convenção sobre o dano excedente”, bem como que visa impedir que, através deste acordo, o credor obtenha uma indemnização superior ao necessário para reparar integralmente o dano.

<sup>3560</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 277.

<sup>3561</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 277.

<sup>3562</sup> Sobre esta, cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 288 e seguintes.

De salientar ainda que a exclusão ou limitação convencional da responsabilidade não afeta a eventual responsabilidade, extracontratual, do terceiro.

II. Relembremos antes de mais a situação nos ordenamentos jurídicos próximos do português.

Na Alemanha<sup>3563</sup>, o segundo parágrafo do § 276 BGB determina que o devedor não pode, antecipadamente, excluir a sua responsabilidade por dolo. Todavia, o § 278 BGB, no seu segundo parágrafo, declara inaplicável este limite em caso de exoneração de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, donde se retira que serão válidos os pactos de exclusão ou de limitação de responsabilidade, mesmo em caso de dolo ou culpa grave do auxiliar.

Todavia, este regime altamente permissivo foi, progressivamente, restringido, encontrando-se hoje limitado aos contratos individuais, ou seja, não celebrados através de cláusulas contratuais gerais, já que para estas se aplica o AGB-Gesetz<sup>3564</sup>, cujo § 11, n.º 7, determina a nulidade de tais cláusulas. Para além disso, o § 9 deste regime estabelece que não produz efeitos uma cláusula que, contra o princípio da boa fé, prejudique desmedidamente o aderente, mesmo que comerciante. Em caso de culpa grave do predisponente ou de dolo ou culpa grave do representante legal ou auxiliares, a cláusula padece de ineficácia absoluta.

Por outro lado, mesmo no que concerne aos contratos singulares, a doutrina alemã tem vindo a concatenar o § 278 com o limite previsto no § 138, ou seja, os bons costumes.

III. Em Espanha, na ausência de uma norma geral que contenha um princípio de responsabilidade obrigacional por fato de outrem, a doutrina que

---

<sup>3563</sup> CLAUDIA BITTNER / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), ob. cit., p. 355; JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 98; HELMUT HEINRICHS, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., p. 891.

<sup>3564</sup> Texto disponível em <http://dejure.org/gesetze/AGBG>.

admite este princípio tem vindo a considerar que as partes podem limitar ou excluir a responsabilidade nos mesmos termos que se aplicam à responsabilidade obrigacional direta.

Assim, há sempre, por imperativos de ordem pública, “*un mínimo negocialmente inderogable de responsabilidad contractual personal*”, devendo por isso tais limites ser aplicados igualmente em sede de responsabilidade indireta<sup>3565</sup>. Logo, não pode ser excluída nem limitada a responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave do auxiliar, já que tal será proibido pelos artigos 1102.º a 1107.º e 1255.º CCE, bem como não pode tal convenção ofender a moral ou ordem pública ou uma norma imperativa<sup>3566</sup>.

IV. O Código de Seabra não continha qualquer norma específica acerca da possibilidade de excluir previamente a responsabilidade do devedor. A doutrina entendia, apesar disso, que as cláusulas exoneratórias eram admissíveis, com base nos artigos 672.º, 673.º, 674.º e 708.º do CS, se bem que apenas em caso de incumprimento devido a culpa leve por parte do devedor<sup>3567</sup> <sup>3568</sup>. Com efeito, o texto do atual artigo 809.º CC não corresponde à proposta de Vaz Serra, tendo sido apenas introduzido na 2.ª Revisão Ministerial<sup>3569</sup>. A proposta daquele Autor era no sentido de, expressamente, se determinar o seguinte:

*As convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, ainda que*

---

<sup>3565</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 592.

<sup>3566</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 594, 595, 601 e 602, dando como exemplo um pacto de exclusão da responsabilidade por danos que afetem a vida, integridade física, saúde, honra, intimidade, dignidade pessoal ou liberdade do credor.

<sup>3567</sup> Neste sentido, cf. BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, ob. cit., pp. 377 e seguintes.

<sup>3568</sup> Neste sentido, veja-se também GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Segundo – Das Obrigações, ob. cit., p. 118.

<sup>3569</sup> Sobre o assunto, cf. BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, ob. cit., pp. 377 e seguintes.

*estabeleçam o máximo a que pode ir a indemnização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova.*

Destarte, eram expressamente proibidas as cláusulas de *dolo non petendo*.

V. Atualmente, o artigo 809.º CC<sup>3570 3571 3572</sup> não refere expressamente a proibição da cláusula exoneratória em caso de dolo ou culpa grave<sup>3573</sup>, contrariamente ao texto que inicialmente terá sido proposto para este preceito<sup>3574</sup>.

De acordo com o entendimento maioritário, as cláusulas de exclusão da responsabilidade do devedor são, em qualquer caso, nulas, mesmo em caso de culpa leve<sup>3575 3576</sup>. O regime de proibição da renúncia antecipada a direitos é comum aos demais países<sup>3577</sup>.

O artigo 809.º CC proíbe assim as cláusulas de exclusão de responsabilidade<sup>3578</sup>, mas tem duas exceções<sup>3579</sup>:

---

<sup>3570</sup> Norma esta que ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 380, considera insuscetível de aplicação à responsabilidade delitual, nem mesmo através de interpretação extensiva.

<sup>3571</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 295 e seguintes; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpressão da edição de 1990), em especial as pp. 235 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 789 e seguintes; RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades por anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, ob. cit., pp. 201 e seguintes.

<sup>3572</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., pp. 899 e seguintes.

<sup>3573</sup> Em princípio, inaplicável à responsabilidade delitual. Assim, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 245. Cf. também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 789 e seguintes.

<sup>3574</sup> BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, ob. cit.

<sup>3575</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 296 e 297. Neste sentido, cf. BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*.

<sup>3576</sup> Contra, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 912, considera válidas estas cláusulas, desde logo por confronto com o artigo 18.º, alínea c), da LCCG.

<sup>3577</sup> A propósito do § 443 do BGB, que proíbe a cláusula pela qual o comprador, de antemão, rescinde aos seus direitos por vícios da coisa quando o vendedor tenha atuado com dolo ou haja escondido, fraudulentamente, o vício, cf. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1. Halbband, ob. cit., p. 34.

<sup>3578</sup> Em crítica à solução, cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 790.



- a) O art. 800.º/2 do CC;
- b) A possibilidade de convencionar a exclusão contratual da responsabilidade objetiva, sem culpa.

VI. Diferentemente, Pinto Monteiro considera que o artigo 809.º não impõe, nem na letra nem no espírito, uma proibição radical de cláusulas exoneratórias, independentemente da qualidade dos sujeitos e do tipo de operação económico-social<sup>3580</sup>. O único caso que considera, em absoluto, proibido, é a cláusula pela qual o devedor exclua a sua responsabilidade por dolo ou culpa grave. Em contrapartida, defende a *interpretação restritiva* daquele preceito de forma a concluir pela validade, em princípio, da cláusula de irresponsabilidade por culpa leve<sup>3581</sup>.

Além disso, para este Autor, o único direito que fica prejudicado pelo artigo 809.º do CC é o direito a indemnização: por outro lado, considera que, havendo incumprimento, o credor mantém os demais meios de defesa<sup>3582</sup>, nomeadamente o direito à resolução, à invocação da exceção de não cumprimento e à execução específica<sup>3583</sup>.

VII. Expressamente admitida entre nós é a cláusula de exclusão de responsabilidade pelos atos dos auxiliares, nos termos do n.º 2 do artigo 800.º, a qual é apenas nula em caso de violação das regras de ordem pública<sup>3584</sup>. Seria contrária à ordem pública uma cláusula pela qual se afastasse, p.ex., o dever de vigilância em crianças pequenas, entregues ao cuidado de uma creche, ou em

---

<sup>3579</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 345.

<sup>3580</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 310 e 311.

<sup>3581</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 419 e 420.

<sup>3582</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 248.

<sup>3583</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 418.

<sup>3584</sup> BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, ob. cit., sublinha a “atitude de grande abertura” do legislador, que apenas estabeleceu o limite decorrente dos deveres emergentes de preceitos de ordem pública.

relação a doentes hospitalizados num centro psiquiátrico, e, bem assim, sempre que esteja em causa deveres de cuidado indispensáveis à segurança da pessoa humana<sup>3585 3586</sup>. O STJ também já considerou infringir este dispositivo a cláusula pela qual o banco pretendesse afastar a necessidade de uma cuidadosa verificação da veracidade da assinatura do sacador num cheque bancário, uma vez que se trata aqui de um dever imposto pelas regras de ordem pública, “*que proíbem o pagamento dum cheque com a assinatura do sacador falsificada, mesmo quando, por mera culpa, se ignora tal falsidade*”<sup>3587</sup>.

Dada a maior amplitude da responsabilidade do artigo 800.º, em comparação com a prevista noutros preceitos (artigos 264.º, 500.º, entre outros), é compreensível que seja também admissível uma maior amplitude da sua desresponsabilização convencional, o que decorre do disposto no n.º 2 deste preceito. Esta norma consubstancia uma *desvio à regra geral do artigo 809.º*.<sup>3588</sup>

Para autores como Nuno Oliveira, deve entender-se que vigora aqui um *princípio de equiparação* entre o dolo dos auxiliares, que é considerado dolo do devedor, e a culpa dos auxiliares, que é considerada culpa do devedor<sup>3589</sup>. Assim, conclui que a cláusula de exclusão ou limitação é permitida, se for referente a culpa leve dos auxiliares, sendo já nula se respeitar a dolo ou culpa grave destes<sup>3590</sup>.

VIII. Segundo Pinto Monteiro, a nossa lei apresenta uma “*atitude de favor*” em relação à cláusula de irresponsabilidade pelos atos dos auxiliares, apesar de, na sua perspetiva, não haver motivos para a tratar de forma diferente da prevista no artigo 809.º, exceto quando os auxiliares sejam verdadeiros

---

<sup>3585</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, ob. cit., p. 290.

<sup>3586</sup> Assim também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 270, considerando nula a cláusula nos termos da qual a atuação do auxiliar pudesse implicar a lesão do direito à vida ou à integridade física ou psicológica do credor.

<sup>3587</sup> Acórdão de 25.10.1979, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 290, Novembro de 1979, pp. 429 e seguintes.

<sup>3588</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 146.

<sup>3589</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 913.

<sup>3590</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 913.

terceiros, isto é, quando atuem com independência em relação ao devedor<sup>3591</sup>.

Destarte, o Autor distingue:

- a) Em caso de *auxiliar dependente* do devedor, é de aplicar o artigo 809.º;
- b) Em caso de *auxiliar independente*, aplica-se o artigo 800.º, n.º 2, assim se compreendendo, segundo o Autor, que a cláusula seja válida mesmo em caso de dolo do auxiliar<sup>3592</sup>.

O único limite à exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares autónomos será a ordem pública<sup>3593</sup>.

Só assim é possível, para este Autor, alcançar a “*unidade normativa*” desejável entre os artigos 800.º/2 e 809.º CC<sup>3594</sup>. Donde, segundo Pinto Monteiro, a cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade só abrange os colaboradores que sejam terceiros e não os verdadeiros auxiliares.

No mesmo sentido se pronuncia Almeida Costa<sup>3595</sup>, ao afirmar que, tratando-se de um auxiliar, dependente, o devedor apenas se poderá exonerar ou limitar a sua responsabilidade nos termos em que o poderia fazer se fosse ele próprio a cumprir: “*De outro modo, conceder-se-ia ao devedor que se serve habitualmente dos seus empregados (ex.: a uma empresa) um favor injustificado, que se revelaria, inclusive, contraditório com a atitude tomada perante as cláusulas exoneratórias ou limitativas respeitantes aos actos por aquele praticados*”.

Para Bruno Neves de Sousa, a admissibilidade das cláusulas de exclusão da responsabilidade do devedor por atos de auxiliares, tendo como único limite os preceitos de ordem pública, é “*exagerada, na medida em que os actos daqueles podem revestir maior gravidade do que os actos do próprio devedor*”<sup>3596</sup>. Por isso, defende a interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 800.º, que seria somente aplicável aos auxiliares independentes; diversamente, quanto aos auxiliares

---

<sup>3591</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 424.

<sup>3592</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 424.

<sup>3593</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 292.

<sup>3594</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 254.

<sup>3595</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 792 e 793.

<sup>3596</sup> BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, p.

dependentes, o devedor apenas poderá excluir ou limitar convencionalmente a sua responsabilidade, nos exatos termos em que o possa fazer em relação a atos próprios<sup>3597</sup>.

No mesmo sentido se pronuncia Bianca, a propósito do artigo 1229.º CCI, considerando inadmissível uma cláusula de exclusão ou limitação relativa à atuação dos dependentes do devedor<sup>3598</sup>.

IX. Contra, Ribeiro de Faria, admitem a cláusula de total exclusão de responsabilidade em qualquer um destes casos, situação em que o devedor apenas responderia por culpa própria pela atuação do auxiliar, p.ex. por ter escolhido ou instruído mal<sup>3599</sup>.

Do mesmo modo, Pires de Lima e Antunes Varela consideram que esta posição não tem sustentação no texto legal nem no seu espírito<sup>3600</sup>, pelo que a exclusão ou limitação de responsabilidade admitida pelo n.º 2 do artigo 800.º do CC se pode referir aos atos de terceiros, apenas não se pode referir a atos do próprio devedor<sup>3601</sup>.

Deve assinalar-se que Vaz Serra, no seu estudo sobre este tema, parece efetivamente considerar válida a cláusula ainda que em relação aos auxiliares *dependentes* do devedor. Com efeito, o Autor afirma que “*parecem dever admitir-se com maior latitude no caso de responsabilidade pelo fato dos auxiliares ou dos representantes legais do devedor*” os pactos prévios de exclusão ou de limitação de responsabilidade<sup>3602</sup>. Para além disso, refere que a jurisprudência francesa “*considera nulas as cláusulas de irresponsabilidade pelo fato dos auxiliares, salvo se*

---

<sup>3597</sup> BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, ob. cit., realizando, assim, “uma equiparação dos actos dos representantes legais ou auxiliares com os actos do próprio devedor”.

<sup>3598</sup> C. MASSIMO BIANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dell’inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1228-1229, ob. cit., p. 474.

<sup>3599</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 418, nota 1.

<sup>3600</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 57.

<sup>3601</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 104.

<sup>3602</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 287 e 288.

*estes escaparem à autoridade e direcção do devedor*”<sup>3603</sup>, mas não tece considerações a respeito desta diferenciação.

Parece ir também por este caminho Ana Prata, quando salienta que o Código Civil contém “*um regime marcadamente mais permissivo para as cláusulas de exclusão da responsabilidade do obrigado, quando esta se funde em fato de outrem, que aquele que define para essas cláusulas quando elas tenham o objectivo de afastar a responsabilidade que se funde em fato próprio*”, não havendo assim uma absoluta equiparação de regimes de responsabilidade do devedor<sup>3604</sup>. A Autora mostra-se crítica em relação a esta solução, que considera desatender por completo às necessidades modernas de proteção do credor, principalmente quando o contrato seja celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais<sup>3605</sup>. Com efeito, como assinala esta Autora, uma vez que na maioria dos casos o devedor recorre a auxiliares para cumprir a sua obrigação, a regra geral de exclusão de responsabilidade acaba por ser a do n.º 2 do artigo 800.º, e não a do artigo 809.º<sup>3606</sup>.

X. Parece-nos de acolher a distinção operada por Pinto Monteiro no âmbito do art. 800.º/2 do CC entre<sup>3607</sup>:

- a) Auxiliares que pertencem à organização empresarial do devedor e que dele são juridicamente dependentes, que com o devedor formam uma “*unidade económica*”<sup>3608</sup>;
- b) Auxiliares autónomos, juridicamente independentes do devedor, que são os únicos suscetíveis de serem considerados terceiros aos quais é de aplicar o art. 800.º/2 CC.

---

<sup>3603</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 288, nota 45.

<sup>3604</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 753.

<sup>3605</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 753 e 754.

<sup>3606</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 754.

<sup>3607</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 277.

<sup>3608</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 254.

Uma vez efetuada esta diferenciação, os atos dos auxiliares dependentes devem ser equiparados aos atos do próprio devedor, pelo que a estes se aplica o art. 809.<sup>3609</sup>, não se admitindo assim a exclusão da responsabilidade.

Os argumentos invocados por este Autor são mais do que convincentes para sustentar este entendimento. Salientamos apenas que, se assim não fosse, seria efetivamente muito fácil ao devedor furtar-se à aplicação do art. 809.º: para tal bastaria que tivesse auxiliares dependentes e que convencionasse com o credor a exclusão da responsabilidade pela atuação dolosa destes. Este é um resultado inaceitável em face da coerência do sistema. Não obstante, não deixamos também de reconhecer que a necessidade de distinguir entre auxiliares dependentes e independentes poderá ser fruto de enormes dificuldades, aliás já conhecidas do Direito do trabalho a propósito da qualificação deste contrato<sup>3610</sup>.

XI. Uma questão que se coloca é a de saber que o n.º 2 do artigo 800.º se refere<sup>3611</sup>:

- a) À obrigação de indemnizar;
- b) A todas as convenções que regulem qualquer uma das consequências do incumprimento.

A nosso ver, a resposta é a segunda, uma vez que se trata de aferir da totalidade das consequências do incumprimento.

---

<sup>3609</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 278.

<sup>3610</sup> Sem ser exaustivo, uma vez que este é um dos principais temas em debate no âmbito laboral, cf. não obstante: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 285 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 103 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I – Dogmática Geral, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Volume I, ob. cit., pp. 141 e seguintes; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 155 e seguintes.

<sup>3611</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 755.

XII. Para além do Código Civil, há que ter presente o regime constante da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais<sup>3612</sup>, em que o artigo 18.º, alínea d), determina a proibição absoluta das

*“cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave”*

Donde resulta que apenas se permite estas cláusulas em caso de culpa leve<sup>3613 3614</sup>.

De referir é ainda o artigo 18.º, alínea a), da LCCG<sup>3615 3616</sup>, nos termos do qual não pode ser acordada uma exclusão da responsabilidade do médico ou do hospital, pois tal iria ofender a situação, que é relativa à integridade física do paciente<sup>3617 3618</sup>.

Coloca-se então a questão de saber se a cláusula prevista no n.º 2 do artigo 800.º deve ser objeto de convenção individualizada ou se pode ser negociada através de cláusulas contratuais gerais.

Para Pinto Monteiro, em posição que acompanhamos, a necessidade de acordo prévio dos interessados prevista neste preceito indica que é necessário

---

<sup>3612</sup> O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu, no seu Acórdão de 11.05.1982, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VII, Tomo 3 - 1982, pp. 90 e seguintes, que “A expressão «acordo prévio» contida no art. 800.º, n.º 2 do Código Civil significa acordo expresso das duas partes e não apenas uma «adesão» a um contrato a que não possa eximir-se”.

<sup>3613</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 289.

<sup>3614</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, ob. cit., pp. 585 e seguintes.

<sup>3615</sup> Como refere ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 315, os contratos de adesão constituem um “terreno propício à prática de abusos por parte da empresa versus consumidor”.

<sup>3616</sup> Sobre esta, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 420 e seguintes, e, especificamente sobre as cláusulas proibidas, pp. 448 e seguintes.

<sup>3617</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 482.

<sup>3618</sup> Sobre o tema, veja-se ainda JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1998), pp. 275 e seguintes.

um “acordo inequívoco, *ad hoc*, não bastando a mera adesão global para que essas cláusulas se considerem integradas no contrato”<sup>3619 3620</sup>.

XIII. No ponto anterior podemos verificar que a LCCG contém uma equiparação perfeita entre os atos do devedor e os atos dos seus auxiliares e, bem assim, que a nulidade se restringe aos casos de dolo e culpa grave, pelo que, *a contrario sensu*, tais cláusulas seriam válidas em relação à culpa leve<sup>3621</sup>. Ora, segundo Pinto Monteiro, se é assim nos contratos ditos de adesão, por maioria de razão deve igualmente sê-lo quando se trate de contratos negociados, em que o regime não poderia ser mais severo<sup>3622</sup>, sob pena de tal ser incoerente. Pelo que tal interpretação sistemática<sup>3623</sup> se impõe, na perspectiva do Autor, em nome da *unidade do sistema*<sup>3624</sup>.

XIV. De referir que, na *Common Law*, o *Unfair Contract Terms Act* de 1977 determina que uma cláusula de exclusão não pode ter efeitos quando o incumprimento se revele demasiado grave, desde logo quando traduza a violação de condições ou cláusulas fundamentais do contrato ou quando represente uma violação radical do negócio, de tal forma que ponha em causa o seu objeto essencial<sup>3625</sup>.

No caso *Davies v. Collins*, entendeu-se que uma cláusula pela qual uma lavandaria limitava a sua responsabilidade não produzia efeitos quando esta encarregara outra lavandaria de proceder à limpeza, a qual perdeu a peça. No entanto, segundo o tribunal, a razão de ser da inadmissibilidade da cláusula

---

<sup>3619</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 349.

<sup>3620</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 456 e 457 assinala que as proibições constantes das alíneas a), b), c) e d) transcendem o domínio das cláusulas contratuais gerais, aplicando-se inclusivamente aos demais contratos, por força do artigo 809.º CC.

<sup>3621</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 255.

<sup>3622</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 256.

<sup>3623</sup> Sobre a interpretação sistemática, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., p. 409.

<sup>3624</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 256.

<sup>3625</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 355.



seria o fato de o devedor se ter colocado *fora* do contrato, ao entregar a tarefa a um terceiro<sup>3626</sup>. No entanto, não nos parece que a justificação deva ser admitida, já que estava em causa uma obrigação fungível, podendo o devedor fazer-se substituir por terceiro. A questão é que tal cláusula afetava o objeto essencial do contrato, frustrando a sua finalidade, não parecendo por isso que devesse ser aceite.

No caso *Woohmer v. Delmer Price, Ltd* discutiu-se um contrato de depósito de um casaco de *vison*, contendo uma cláusula pela qual todas as mercadorias ficavam a risco dos clientes. O casaco perdeu-se e o devedor invocou a cláusula mas o tribunal entendeu que, para tal, não bastava demonstrar que o casaco não se encontrava lá, sendo também preciso demonstrar que não houvera incumprimento da sua parte<sup>3627</sup>.

XV. Para além do art. 800.º/2 do CC e da LCCG, pode ser necessário lançar mão do estabelecido em regimes jurídicos especiais<sup>3628</sup>. Por exemplo, a nível da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, o artigo 10.º do DL n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de abril, determina o seguinte:

*Não pode ser excluída ou limitada a responsabilidade perante o lesado, tendo-se por não escritas as estipulações em contrário.*

XVI. Outro regime especial a atender<sup>3629</sup> é o constante dos artigos 12.º e 16.º LDC:

---

<sup>3626</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 357, nota 878.

<sup>3627</sup> Sobre a questão, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 395 e seguintes.

<sup>3628</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 305.

<sup>3629</sup> Não se inclui aqui o artigo 5.º do DL n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, que estabelece o regime especial relativo aos atrasos de pagamento em transacções comerciais, transpondo a Directiva n.º 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de julho, nos termos do qual eram nulas as cláusulas contratuais que, sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas excluíssem ou limitassem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade pela mora, porquanto este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, com exceção dos artigos 6.º e 8.º.

- a) Nos termos do art. 12.º, o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos;
- b) Por sua vez, o art. 16.º estabelece que, sem prejuízo do disposto em matéria de LCCG, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela LDC é nula, nulidade que apenas pode ser invocada pelo próprio consumidor ou seus representantes.

XVII. Outro problema é o de saber se o devedor pode incluir terceiros no âmbito de proteção da cláusula de exoneração, nomeadamente se a exclusão de responsabilidade do devedor também exclui a responsabilidade daqueles que ele utiliza no cumprimento, enquanto auxiliares<sup>3630</sup>.

Para Pinto Monteiro, em caso de auxiliares *dependentes* do devedor, a sua responsabilidade ficará igualmente excluída<sup>3631</sup>. Logo, qualquer acionamento de responsabilidade, quer contra o devedor, quer contra os seus auxiliares, deverá situar-se no domínio delitual.

O problema pode residir também aqui: faz sentido uma cláusula de exclusão de responsabilidade, evitando o acionamento no domínio obrigacional, se depois o credor puder, em termos delituais, acionar na mesma o devedor pelos danos sofridos?

Pinto Monteiro analisa as seguintes situações: num contrato de transporte, a pessoa transportada é vítima de lesão, por negligência do transportador; num contrato de prestação de serviço médico, o cirurgião omite deveres de cuidado e lesa a saúde do doente; o depositário danifica, com culpa sua, a coisa à sua guarda; o adquirente de um bem alimentar é vítima de intoxicação; o empregado sofre um acidente devido ao incumprimento dos deveres de segurança por parte do empregador.

---

<sup>3630</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 310.

<sup>3631</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 395.

Parece evidente que em qualquer um destes casos o dano se situa no âmbito contratual: mesmo que não houvesse incumprimento, sempre se poderia falar aqui na violação de deveres de cuidado ou de proteção do credor<sup>3632</sup>.

Contudo, para este Autor, tal não retira ao dano a sua “*natureza simultaneamente delitual, visto que resulta da violação de direitos absolutos (de personalidade, de propriedade) da contraparte*”, ainda que, por se encontrar inserido num contrato, a responsabilidade tenha natureza contratual<sup>3633</sup>.

Não obstante, é de reconhecer que há um concurso de normas que fundamentam a mesma pretensão<sup>3634</sup>, podendo o lesado optar por acionar uma ou a outra forma de responsabilidade.

XVIII. Vejamos agora a limitação estabelecida na parte final do n.º 2 do artigo 800.º do CC. A ordem pública “*exprime o conjunto dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico com valor supra ordenador e básico, cuja salvaguarda tem em vista não apenas a tutela de interesses privados, mas – e primariamente – a de interesses colectivos*”<sup>3635</sup>. Trata-se assim dos princípios subjacentes ao sistema jurídico, o que não se confunde simplesmente com as leis imperativas<sup>3636</sup>. Destarte, não se pode entender que há violação da ordem pública sempre que seja violada uma norma imperativa<sup>3637</sup>. Trata-se de “*vetores não expressamente legislados*”, que delimitam, restringindo, a autonomia privada<sup>3638</sup>.

---

<sup>3632</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 398.

<sup>3633</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 400.

<sup>3634</sup> Assim, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 400.

<sup>3635</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 757 e 758.

<sup>3636</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações, Segundo Volume*, ob. cit., p. 418, nota 2.

<sup>3637</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 758.

<sup>3638</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e*

Antunes Varela parece incluir na ordem pública o caso das empresas, que não poderiam exonerar-se da responsabilidade pelos atos do seu pessoal, a menos que houvesse uma disposição legal que o autorizasse, argumentando que o relacionamento dos sujeitos com as empresas corresponde a uma necessidade do dia a dia<sup>3639</sup>.

XIX. Claramente contrária à ordem pública parece ser a cláusula segundo a qual o transportador se pretenda exonerar dos danos causados à pessoa do viajante<sup>3640</sup>.

Para além disso, uma das situações que parece dever ser incluída na limitação a esta cláusula corresponde às *garantias do consumidor*<sup>3641</sup>, que, por razões de ordem pública, não devem poder ser atingidas<sup>3642</sup>. Assim, uma cláusula pela qual o fabricante ou o vendedor de um produto exclua a sua responsabilidade não deverá ser admitida<sup>3643</sup>, tal como de resto resulta dos artigos 12.º e 16.º da LDC.

Não serão portanto admitidas cláusulas exoneratórias a respeito de<sup>3644</sup>:

a) Transporte: artigo 504.º, n.º 4, do CC<sup>3645</sup>;

---

invalidades, ob. cit., p. 604, dando o exemplo de contratos que “exijam esforços desmesurados ao devedor ou que restrinjam demasiado a sua liberdade pessoal ou económica”.

<sup>3639</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 419, nota 1.

<sup>3640</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., p. 419.

<sup>3641</sup> Como refere M. H. G. LESER, *L'évolution du contrat en Droit Allemand avec un bref aperçu du Droit Anglais*, ob. cit., p. 74, a propósito do Direito Alemão, o modelo de referência do BGB foi o do cidadão auto-determinado e consciente das suas responsabilidades, mas este não corresponde à conceção atual, em que se mostra necessário proteger o consumidor contra os exageros da sociedade moderna.

<sup>3642</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 308 e 309.

<sup>3643</sup> Neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XXVIII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1985, p. 308.

<sup>3644</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 312.

<sup>3645</sup> No Direito interno, o art. 504.º/4 do CC considera nulas as cláusulas pelas quais se exclua ou limite a responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada. Criticando esta disposição, cf. JOÃO RICARDO BRANCO, *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*, ob. cit., pp. 365 e 366, atendendo a que a mesma atende somente ao dolo. Cf. também ADRIANO MARTELETO GODINHO, *A responsabilidade do*

- b) Responsabilidade médica;
- c) Fornecedor, fabricante e vendedor profissional.

Ana Prata estranha a referência da lei aos *deveres*, em vez de obrigações mas conclui que há uma justificação para tal: em causa está, de fato, o comportamento pelo qual se incumpra um dever destinado à tutela de um bem jurídico essencial ou que, ainda não o fazendo, “*assuma uma forma que aquela [ordem pública] tenha por intolerável*”<sup>3646</sup>.

Será, sem qualquer dúvida, inadmissível uma cláusula de exclusão da responsabilidade por atos pelos quais<sup>3647</sup>:

- a) Seja atingido o *direito à vida do credor*;
- b) Sejam atingidos os *direitos legais familiares*;
- c) Se realize uma *conduta penalmente tipificada*.

XX. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.11.2007<sup>3648</sup>, considerou-se válida a cláusula de exclusão de responsabilidade por culpa leve, tanto pelos atos do próprio devedor, como pelos atos dos seus auxiliares dependentes<sup>3649</sup>. Segundo o Tribunal:

*“Quanto à possibilidade de exclusão da responsabilidade do devedor pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares, permitida no n.º 2 do art. 800.º, apenas será admissível nos casos de culpa leve, quando o fato danoso for praticado por auxiliares dependentes (empregados do devedor), sob pena de se conceder ao devedor que se serve habitualmente de*

---

transportador rodoviário de mercadorias, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes I*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 86 e seguintes. Além disso, o art. 21.º do DL 239/2003 estabelece que sempre que a perda, avaria ou demora resultem de atuação dolosa do transportador, este não pode prevalecer-se das normas que admitem a exclusão ou limitação da sua responsabilidade.

<sup>3646</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 759 e 762. Acrescenta ainda, na p. 763, que a utilização do termo “dever” visa “*esclarecer que tal tutela deve ser averiguada não apenas quanto ao objecto da obrigação em si mesmo, mas também ao objecto de qualquer dever que, integrado pela força de atracção da obrigação, seja imposto para salvaguarda de um bem essencial*”.

<sup>3647</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., pp. 764 e 765.

<sup>3648</sup> Relator Jorge Leal, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3649</sup> Concordando com a decisão, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, ob. cit., p. 287.

*empregados (veja-se uma empresa) um favor injustificado e contraditório com as limitações à exclusão contratual da responsabilidade”*

XXI. É muito frequente a inclusão de cláusulas de exclusão da responsabilidade no contrato de transporte, nomeadamente as que excluem a responsabilidade do transportador pela perda ou deterioração da mercadoria transportada. Contudo, *estas cláusulas são, em princípio, nulas*, já que põem em causa o interesse fundamental da coletividade na segurança na circulação dos bens<sup>3650</sup>.

Acresce que, nos termos do artigo 504.º, n.º 4, do CC, são nulas as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada<sup>3651</sup>.

XXII. Um dos casos em que é frequente convencionar a exclusão da responsabilidade é o da prestação de serviço médico<sup>3652</sup>, por parte de hospital ou outra instituição<sup>3653</sup>. Com Romano Martinez, considera-se que *“a generalidade dos deveres cuja violação, de forma típica, envolve responsabilidade médica, são impostos por normas de ordem pública, pelo que a responsabilidade civil não pode ser excluída ou limitada de acordo com o estipulado no n.º 2 do art. 800.º do Código Civil”*<sup>3654</sup>. No mesmo sentido, Moitinho de Almeida assinala que *“As regras*

---

<sup>3650</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 765, nota 1386.

<sup>3651</sup> No entanto, segundo BRUNO NEVES DE SOUSA, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, ob. cit., em caso de transporte de coisas, será de aplicar diretamente o artigo 809.º CC, não se fazendo, assim, uso do argumento *a contrarium sensu*.

<sup>3652</sup> Contudo, note-se que o médico não pode convencionar a exclusão da responsabilidade por atos próprios, como salienta J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 346.

<sup>3653</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 481, onde refere ser habitual a assinatura, pelo paciente, de um termo de responsabilidade, com vista a excluir a responsabilidade do médico ou do hospital.

<sup>3654</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., pp. 481 e 482.

*profissionais cuja observância é necessária para a protecção da vida ou da integridade física de terceiros devem ser consideradas normas de ordem pública”<sup>3655</sup>.*

---

<sup>3655</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 347.





## C – REGIME OBRIGACIONAL E REGIME EXTRA-OBRIGACIONAL DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO

A bipolarização da responsabilidade por fato de outrem no Código Civil de 1966? Análise comparativa face ao regime jurídico instituído pelo artigo 500.<sup>o</sup>

I. O ponto de partida para a análise deste problema reside na diferença entre o art. 500.<sup>o</sup> e o art. 800.<sup>o</sup> do CC: “A responsabilidade por fato de terceiro, é directa, no sector obrigacional – artigo 800.<sup>o</sup>/1, do Código Civil – enquanto, no aquiliano, ela exige comissão – artigo 500.”<sup>3656 3657</sup>.

II. Não podemos aqui tomar partido na clássica questão da bipartição entre responsabilidade contratual e delitual<sup>3658 3659 3660 3661 3662 3663</sup>.

---

<sup>3656</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 487.

<sup>3657</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 140 e seguintes.

<sup>3658</sup> Sobre a questão, GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 590, onde afirma que, quando a lesão de um direito envolve uma obrigação de carácter geral, a responsabilidade será delitual, ao invés do que se verifica em caso de lesão de obrigações constituídas entre determinadas pessoas: “No segundo caso, a obrigação relativa, concreta, preexiste à lesão ou violação, e as consequências que desta derivam acham-se directamente relacionadas com ella. Dá-se uma modificação objectiva na relação anteriormente constituída”. Para este Autor, era essa diferença que justificava a aplicação do critério da culpa em abstrato na responsabilidade delitual, ao contrário da culpa em concreto na responsabilidade contratual, assente no disposto nos artigos 2393.<sup>o</sup> e 717.<sup>o</sup> § 3 do CS (cf. pp. 598 e seguintes). Atualmente, veja-se: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 539 e seguintes e, do mesmo Autor, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, ob. cit., pp. 107 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 253 e seguintes; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 518 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 93 e seguintes; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, ob. cit., pp. 251 e seguintes; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 14 e seguintes, e ainda, do mesmo Autor, *A responsabilidade objectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, em *Revista Direito e Justiça*, 2.<sup>o</sup> dos Volumes Comemorativos dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do seu Curso de Direito, pp. 297 e seguintes; também do mesmo Autor, especificamente sobre os danos ocorridos em auto-estradas, *Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários*, em *AAVV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 157 e seguintes; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Texto elaborado pelos Drs. J. de Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e

J. C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º Ano Jurídico, Coimbra, 1983, pp. 181 e seguintes; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra editora, 1976, pp. 88 e seguintes; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, ob. cit., pp. 277 e seguintes; JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, I – Introdução, II – Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes (propostas de alteração aos artigos 503.º a 508.º do Código Civil e ao Decreto-Lei n.º 408/79, de 25 de Setembro; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito), Coimbra, 1983, p. 8. Cf. ainda JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 181 e seguintes; A. CASTANHEIRA NEVES, *Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil*, de Guilherme Moreira, em *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, Volume 1.º, Coimbra, Coimbra editora, 1995, pp. 475 e seguintes; RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades por anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. Estudo comparativo dos Direitos alemão, francês, italiano e português*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, N.ºs 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970, pp. 116 e seguintes; MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volume I, ob. cit., pp. 295 e seguintes. Com uma perspectiva evolutiva, em detalhe, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 105 e seguintes; RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 157 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 15 e seguintes e p. 242; SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português.*, ob. cit., pp. 24 e seguintes; FERNANDO NORONHA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 454 e seguintes. ROBERTO DE RUGGIERO *Instituições de Direito Civil*, Volume III – Direito das Obrigações. Direitos Hereditário, ob. cit., pp. 107 e seguintes. Numa outra perspectiva, veja-se ainda LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução*, em *Estudos de Direito Internacional Privado*, Volume II – Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 401 e seguintes. Cf. ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 559 e seguintes. JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 53 e seguintes. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Um tipo novo de responsabilidade civil – ou – A indenização de fantásticos danos... por fatos de terceiros*, Cacilhas, Tipografia Mesquita, 1936, onde analisa a decisão do STJ num caso em que uma pessoa se apresentou a contratar em nome próprio com os agentes de uma companhia de navegação, embora na realidade estivesse a atuar no interesse e por conta de outrem, na qualidade de mandatário sem representação, bem como as consequências ao nível da responsabilidade daí resultante; G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Colpa contrattuale, ob. cit., pp. 30 e seguintes; C. DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Tome Huitième – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, ob. cit., em especial as pp. 485 e seguintes; HENRY MAZEAUD, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Vingt-Huitième, Année 1929, pp. 551 e seguintes. Cf. ainda, com um exemplo prático de diferenciação, KARL HEINSHEIMER, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, ob. cit., pp. 120 e seguintes: o proprietário de um prédio contrata um vidreiro para colocar uma janela exterior e este atribui o serviço a um ajudante seu, ainda em experiência (*Geseller*, que corresponde a mais do que um aprendiz, alguém que já pode trabalhar por conta própria mas não pode formar terceiros). Este, por descuido, deixa cair a janela sobre um carro estacionado na rua e o vidro quebra-se. Em relação ao proprietário da casa a responsabilidade será obrigacional, sendo já delitual em relação ao proprietário do

O nosso Código Civil optou por regular de forma separada a responsabilidade extra-obrigacional, nos artigos 483.<sup>o</sup> e seguintes, tratando a responsabilidade obrigacional nos artigos 798.<sup>o</sup> e seguintes. Em comum, a obrigação de indemnização é estabelecida nos artigos 562.<sup>o</sup> e seguintes<sup>3664 3665</sup>.

III. De um modo geral e que peca seguramente por defeito, a responsabilidade diz-se extra-obrigacional quando tem por base a violação de um direito absoluto ou uma conduta que, embora podendo ser lícita, causa um dano a outrem, que se entende dever ser suportado pelo agente<sup>3666</sup>. É, assim,

---

automóvel. A p. 122, esclarece que o dever delitual será *primário*, sendo o contratual *secundário*, por surgir na sequência de uma obrigação prévia.

<sup>3659</sup> Encontra-se ultrapassada a teoria da unidade da responsabilidade, segundo a qual a responsabilidade seria sempre delitual, já que o contrato não é mais do que uma *lei especial*, cuja infração constitui um delito. Sobre o tema e a crítica a esta tese, cf. LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, pp. 232 e seguintes.

<sup>3660</sup> PAULO CUNHA, *Direito das Obrigações*, Tomo III – O Fato Jurídico na Relação Obrigacional, ob. cit., pp. 118 e seguintes. O Autor salienta, a pp. 118 e 119: “No mundo dos contratos, no mundo de qualquer negócio jurídico há, obrigações que deles emergem, fabricadas por êle. Essas obrigações voluntárias não têm nada que vêr com responsabilidade civil. Mas no mecanismo dessas obrigações pode aparecer um fato ilícito – o não cumprimento destas obrigações é como vimos um fato ilícito, desde que o não cumprimento se dê em certos termos.”. É neste ponto que surge a obrigação legal, ou seja, onde funciona o direito à execução e à indemnização. Em termos genéricos, cf. ainda INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, ob. cit., pp. 11 e seguintes.

<sup>3661</sup> Sobre o tema, cf. EDUARD PICKER, *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme*, ob. cit., pp. 1041 e seguintes.

<sup>3662</sup> O problema verifica-se igualmente no âmbito do Direito bancário. Sobre o tema, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob. cit., pp. 397 e seguintes, considerando haver responsabilidade contratual quando o banco aceita um cheque endossado, não diligencia a cobrança da sua importância, bem como quando vende três notas estrangeiras falsas, e, bem assim, quando desconta um cheque sacado por uma sociedade, através do seu representante, sem a aposição do carimbo da mesma, como era exigido na abertura de conta.

<sup>3663</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 72.

<sup>3664</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, Coimbra, Almedina, 1987, p. 410, considera que em comum está a circunstância de ambas as normas estabelecerem a responsabilidade civil de certas pessoas.

<sup>3665</sup> Na doutrina francesa, ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 233, considera que a responsabilidade obrigacional e delitual por fato de outrem diferem pelo seguinte: a) pelo seu objeto; b) pelo campo de aplicação; c) pela sua extensão. O Autor afirma que a responsabilidade do devedor por fato de outrem não emana do artigo 1384.<sup>o</sup> CCF, tratando-se antes de um “*principe absolument spécial et qui ne saurait être transporté dans le domaine des obligations*”.

<sup>3666</sup> JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, ob. cit., p. 412. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 136, salienta que, p.ex., nos países da *Common Law*, a responsabilidade contratual é afirmada independentemente de culpa, decorrente da simples garantia inserida na

determinada por exclusão de partes, já que na responsabilidade obrigacional se verifica sempre a violação de uma obrigação previamente existente entre dois sujeitos<sup>3667</sup>, independentemente da sua fonte<sup>3668 3669 3670</sup>. Assim, a responsabilidade obrigacional assenta no princípio de ressarcimento de danos, resultantes da violação do direito de crédito, o qual era primeiramente tutelado pela ação de cumprimento, e, a título secundário, pela obrigação de indemnizar<sup>3671 3672</sup>.

Assim, segundo José Alberto González, a diferenciação atende a que a responsabilidade contratual *“sucede sempre que preexista uma relação jurídica obrigacional e aquele que nesta ocupa a posição de devedor não cumpra pontualmente”*, enquanto a responsabilidade extracontratual se verifica *“sempre que não exista relação jurídica prévia e a ocorrência do dano na esfera daquele que a partir daqui será constituído credor resulte da violação de um dever genérico”*<sup>3673</sup>.

---

celebração do contrato, enquanto a responsabilidade delitual pressupõe, em regra, a culpa do agente.

<sup>3667</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 109, sublinha que no *torto contrattuale* se verifica *“un’aspettativa creditoria che è andata delusa, e quindi si inquadra in un rapporto di obbligazione preesistente”*.

<sup>3668</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 200, assinala que *“No modelo da responsabilidade aquiliana, não se obriga ninguém desde que não prejudique ninguém. Pretende-se fazer respeitar a esfera alheia, de modo a garantir a cada um um espaço livre de risco. Provocar a saída de alguém desse «estado de quietude» só deve fazer-se verificados determinados pressupostos.”*. Veja-se ainda MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 521 e seguintes. Cf. ainda, a propósito da qualificação da responsabilidade do gestor de negócios, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 333 e seguintes.

<sup>3669</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 489, considera que a imputação obrigacional implica a violação de normas específicas, que por si só indicam a conduta a adotar ou a evitar, enquanto a imputação delitual opera através de deveres genéricos.

<sup>3670</sup> RENÉ SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, ob. cit., pp. 275 e seguintes.

<sup>3671</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 255 e 256, onde conclui: *“a responsabilidade obrigacional pressupõe a existência de uma relação inter-subjectiva, que primariamente atribuída ao lesado um direito à prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica”*.

<sup>3672</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, em *Revista de Direito e de Economia*, Ano XV, 1989, p. 33.

<sup>3673</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 12.

Por conseguinte: na responsabilidade obrigacional, preexiste uma obrigação, que não é cumprida, gerando responsabilidade; na responsabilidade extraobrigacional é a própria violação que constitui a obrigação, que apenas existe a partir desse momento e tem sempre o mesmo conteúdo, ou seja, a obrigação de indemnizar. Não obstante esta diferença, como reconhece o mesmo Autor, *“de uma forma ou de outra, a responsabilidade civil pressupõe a ocorrência de um tort”*<sup>3674</sup>.

Por outro lado, embora em regra ambas as responsabilidades exijam, em princípio, a culpa, a verdade é que na responsabilidade obrigacional se regista uma maior tendência para a *objetivação*. Como refere Dário Moura Vicente, esta objetivação é *“imposta pela necessidade de assegurar a segurança e a fluidez do tráfico jurídico. É o que acontece, por exemplo, no domínio dos contratos de trabalho e de transporte e no tocante à responsabilidade por actos dos auxiliares”*<sup>3675</sup>.

Acresce que, tendo embora funções diversas, não é fácil traçar uma fronteira exata entre uma e outra responsabilidades<sup>3676</sup>.

IV. Com Pedro Romano Martinez, pode dizer-se que na obrigação se verifica a *“frustração de uma expectativa creditória”*, enquanto no delito ocorre uma *“contrariedade ao princípio alterum non laedere”*, de forma que *“num caso é posto em causa o interesse na equivalência e, no outro, o interesse na protecção”*<sup>3677 3678</sup>

---

<sup>3674</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, p. 13.

<sup>3675</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 138.

<sup>3676</sup> Assim, DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 155.

<sup>3677</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, p. 460. Nas páginas seguintes, o Autor critica a distinção entre responsabilidade extra-obrigacional e obrigacional, que poderia ter razão de ser *“numa economia agrícola ou pouco industrializada em que talvez se justificasse uma tutela diferente para os direitos reais e obrigacionais”*, mas não na atualidade, em que *“a delimitação no âmbito da responsabilidade civil tem sobretudo que ver com graus de perigosidade das diversas situações”*.

<sup>3678</sup> Para G. P. CHIRONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Volume II, ob. cit., p. 47, a responsabilidade é contratual *“se deriva da inadempimento di un rapporto anteriore di obbligazione e dà causa fra gli stessi soggetti (...) ad una relazione che par nuova, sebbene intimamente connessa alla prestazione primitiva”*.

<sup>3679</sup>. Portanto, “Os danos podem surgir na sequência de um contrato (que não é devidamente cumprido ou cujo cumprimento falta por completo) ou podem nascer também de um comportamento fora do campo negocial”<sup>3680</sup>.

Contudo, este critério não será absoluto. Entre duas pessoas pode existir uma obrigação e, ainda assim, uma delas ser responsável nos termos do artigo 483.º/1 do CC<sup>3681</sup>. Há, pois, que aferir se, não obstante a existência do contrato, o direito violado foi o direito de crédito ou um qualquer outro direito<sup>3682</sup>. Isto porque as posições de terceiro e de devedor, em simultâneo, não são admissíveis<sup>3683</sup>. Para esse efeito, mostra-se essencial delimitar o objeto do contrato<sup>3684 3685</sup>.

V. A doutrina tem vindo, desde cedo, a demonstrar que responsabilidade delitual não se confunde com a responsabilidade obrigacional<sup>3686</sup>:

---

<sup>3679</sup> Cf também DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 158.

<sup>3680</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 71.

<sup>3681</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 217, afirma, sem hesitação, que nesta hipótese não existe qualquer concorrência entre responsabilidade contratual e delitual: “suponhamos que de duas pessoas vinculadas por obrigações contratuais, uma delas causou prejuízo à outra em um domínio de interesses absolutamente alheios ao contrato que tinham celebrado. Nesta primeira situação não surge o problema da concorrência. Ninguém hesita em atribuir responsabilidade delitual, verbi gratia, a um negociante de vinhos que atropelou, com o automóvel, quando se dirigia para a adega, a-fim-de assistir à medição, o vinicultor que lhe havia vendido o vinho.”.

<sup>3682</sup> Em sentido diverso, EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 139, afirma que “nel torto extracontrattuale un precedente rapporto giuridico di obbligazione non sussiste”, ou seja, “Nel torto aquiliano la responsabilità sorge per la prima volta con la lesione dell’interesse; nel torto contrattuale la responsabilità è preconstituita al torto”.

<sup>3683</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 222.

<sup>3684</sup> No mesmo sentido, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 274: “... não podemos apreciar se um contrato foi executado, sem conhecer o conteúdo deste. A definição do objecto da obrigação contratual é, pois, a primeira consideração que se impõe no estudo da determinação dos regimes da responsabilidade civil.”.

<sup>3685</sup> Não obstante, diga-se, com PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 461, que “o desenvolvimento de especiais deveres de protecção das partes no contrato esbate a linha divisória entre os dois tipos de responsabilidade civil”.

<sup>3686</sup> Sobre o tema, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 408 e seguintes.

- a) A responsabilidade obrigacional nasce da violação de uma obrigação preexistente, que pode emanar de um contrato ou de outra fonte de obrigações<sup>3687</sup>;
- b) Na responsabilidade delitual, verifica-se o surgimento de uma obrigação *ex novo*, enquanto o incumprimento negocial dá origem a uma *modificação da obrigação preexistente*;
- c) A responsabilidade do devedor presume-se – artigo 799.º/1 CC<sup>3688 3689</sup> – enquanto a nível delitual constitui um ónus da prova do lesado (artigo 487.º/1 CC)<sup>3690</sup>;
- d) A responsabilidade delitual apresenta restrições quanto à proteção dos interesses patrimoniais puros<sup>3691</sup>.

Por outro lado, hoje é sustentado por um setor significativa da doutrina que a responsabilidade civil não se bipolariza entre o domínio delitual e o obrigacional, havendo ainda que contemplar as situações que constituem a chamada *terceira via* da responsabilidade civil<sup>3692 3693 3694</sup>.

---

<sup>3687</sup> Contudo, nem toda a doutrina integra na responsabilidade obrigacional a violação de uma obrigação de fonte legal e não negocial. Sobre o problema, cf. JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., pp. 246 e seguintes. Para este Autor, não configuram obrigações, em sentido técnico-jurídico, as que resultam de relações individuais preexistentes criadas pela lei, sujeitando-as, assim à responsabilidade delitual.

<sup>3688</sup> Presunção esta que, segundo MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade objectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 299, é verdadeiramente uma presunção de existência de um comportamento faltoso do devedor e de um nexo de causalidade entre esse comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso verificados.

<sup>3689</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 486, sublinha que se trata de um presunção de culpa que assume “um sentido bem mais profundo, uma vez que a «culpa», neles figurada, é a *faute* em sentido reforçado. Perante a falta de cumprimento, duma obrigação, presume-se que o devedor agiu ilicitamente, com culpa e de tal modo que os danos, correspondentes à supressão das vantagens, asseguradas pelo vínculo violado, lhe são imputáveis”.

<sup>3690</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 543.

<sup>3691</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade objectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 299. Note-se que, como referem JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, ob. cit., p. 70, “a responsabilidade por culpa in contrahendo abrange já os danos patrimoniais puros”. Sobre o tema, cf.: ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, ob. cit., pp. 295 e seguintes.

<sup>3692</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade objectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 300.

<sup>3693</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 256.

VI. Para que de responsabilidade obrigacional se possa falar, quando a fonte da obrigação seja um contrato, necessário será que se verifique a reunião dos seguintes pressupostos<sup>3695 3696</sup>:

- a) Existência de um contrato válido;
- b) Inexecução de obrigações criadas pelo contrato;
- c) Coincidência entre o causador do dano e um dos contraentes.

Destarte, *“la responsabilità per inadempimento nasce dalla violazione di una specifica obbligazione che stringeva i soggetti di un determinato rapporto”*<sup>3697</sup>.

VII. Durante muito tempo a doutrina teve dúvidas sobre o âmbito do contrato, em especial quando este envolvia a vida e/ou integridade física de outras pessoas<sup>3698</sup>. Com efeito, a tendência era no sentido de considerar que, caso na pendência do contrato fosse afetado algum destes bens, a responsabilidade seria delitual e não contratual<sup>3699</sup>.

O problema colocava-se em relação a certos contratos específicos, tais como o contrato de trabalho e, bem assim, o contrato de transporte de passageiros<sup>3700</sup>.

---

<sup>3694</sup> Contra, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 540.

<sup>3695</sup> Seguimos a exposição de JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 410.

<sup>3696</sup> EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Jose M.<sup>a</sup> Bosch, 1958, p. 7, refere a necessidade de preexistir um vínculo entre pessoas determinadas e de se produzir um dano que constitua o resultado da violação daquele vínculo. Nas pp. 11 e seguintes, o Autor cita vários casos duvidosos: (i) a obrigação de o transportador levar o passageiro, são e salvo até ao destino; (ii) a empresa que fornece eletricidade responde pelos danos causados por um curto-circuito a nível contratual ou delitual?; (iii) o senhorio responde pela ruína de parte do edifício locado a título extracontratual?

<sup>3697</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 655.

<sup>3698</sup> Sobre o tema, cf. ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., pp. 189 e seguintes, salientando que o problema da determinação do conteúdo do contrato *exerce une influence capitale sur la détermination du cercle de responsabilité contractuelle*.

<sup>3699</sup> Sobre este tema, cf. LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., pp. 235 e seguintes.

<sup>3700</sup> Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito dos Transportes*, ob. cit., p. 8, há ainda que assinalar a circunstância de, em caso de transporte de passageiros, a pessoa transportada se entregar, *“para todos os efeitos, nas mãos do transportador”*, donde resultam deveres de segurança, impostos pela boa fé, nos termos do artigo 762.º, n.º 2, do CC, pelo que a



Segundo a doutrina de Saintelette, no contrato de trabalho o empregador assumia uma obrigação de segurança em relação ao trabalhador, pelo que a ocorrência de um acidente de trabalho originava responsabilidade contratual<sup>3701</sup>. Nalguns países, como França, esta tese nunca teve vencimento, donde a responsabilidade do empregador apenas ficou assente com a imposição desta obrigação através de lei de 9 de abril de 1898, que criou a responsabilidade por risco profissional<sup>3702 3703</sup>. Ainda assim, a discussão manteve-se relevante nos casos em que a lei não era aplicável, tendo a *Cour de Cassation* considerado, em 25 de fevereiro de 1929, que a companhia de caminhos de ferro era responsável pela morte de um dos seus trabalhadores, morto por um pirata: porém, chegou a tal conclusão por aplicação do artigo 1382.º CCF, considerando haver culpa por não terem sido tomadas as medidas de segurança necessárias.

Quanto ao contrato de transporte, um acórdão da *Cassation* de 10 de novembro de 1884 declarou que a obrigação de segurança estabelecida no artigo 1784.º CCF para o transporte de mercadorias não podia ser aplicada, por analogia, ao transporte de pessoas, aplicando-se antes, em caso de acidente, o regime geral da responsabilidade delitual (artigo 1382.º CCF)<sup>3704</sup>.

Esta orientação gerou uma reação violenta da doutrina, principalmente devido à impunidade dela decorrente, levando a uma viragem na jurisprudência: através do seu acórdão de 27 de novembro de 1911, a *Cour de Cassation* declarou que “*l'exécution du contrat de transport comporte, pour le*

---

sua inobservância deverá dar origem, na perspetiva deste Autor, a responsabilidade obrigacional.

<sup>3701</sup> Sobre a discussão no âmbito dos acidentes de trabalho: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 767 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 347 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit.

<sup>3702</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 236.

<sup>3703</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 203, mostrava-se muito crítico à ideia de um dever de segurança do trabalhador resultante do contrato de trabalho, afirmando que era uma tese incontestavelmente não fundada.

<sup>3704</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 205.

«transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination»<sup>3705</sup>. Assim, verificou-se uma evolução, que mais não fez do que um regresso à conceção que já vigorava no Direito romano. A partir deste momento, a jurisprudência francesa começou a admitir que o transportador assumia a obrigação de levar o passageiro até ao destino, são e salvo, tratando-se, pois, de responsabilidade obrigacional<sup>3706</sup>. Contudo, a doutrina nem sempre aceitou esta orientação, não faltando quem criticasse que, através dela, se retiravam do contrato obrigações que as partes jamais haviam assumido<sup>3707</sup>.

VIII. O problema da delimitação da responsabilidade delitual e obrigacional pode ocorrer noutros casos, que não envolvem bens de natureza pessoal. Assim, um acórdão do tribunal de primeira instância francês de 26 de janeiro de 1910 julgou o seguinte caso: os administradores de uma sociedade anónima realizaram várias falsificações de relatórios e saldos, levando, com tais atos, os acionistas a subscrever um aumento de capital, discutindo-se se a responsabilidade pelos danos causados assumia uma natureza contratual ou delitual. O argumento invocado para a responsabilidade obrigacional era a circunstância de os administradores não terem cumprido o contrato de mandato<sup>3708</sup>. Apesar disso, a *Cour de Cassation* entendeu que havia direito a ação por responsabilidade delitual, considerando que aqueles atos extravasavam o quadro da gestão que era admitido pela lei. Em concordância com este aresto,

---

<sup>3705</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., pp. 206 e 207, criticando este entendimento por considerar que esta obrigação não resulta da vontade das partes, sendo apenas imposta pela lei. O Autor chama ainda a atenção, na p. 209, para os efeitos negativos desta responsabilização dos transportadores no âmbito do transporte aéreo, que, à data, começava a despontar, podendo comprometer o seu desenvolvimento.

<sup>3706</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., pp. 236 e 237, onde refere também o caso da responsabilidade do proprietário de um estabelecimento de diversões de Carnaval, de uma escola de equitação, pelo acidente ocorrido durante uma lição, de um hóspede, pelos danos sofridos no hotel durante a estadia e do médico cirurgião, pelos danos causados ao paciente.

<sup>3707</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 237: "Spécialement, dans le transport de personnes, le voiturier n'a certainement pas entendu assumer vis-à-vis du voyageur une obligation de sécurité absolue".

<sup>3708</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 197.

Brun afirma que a violação, pelos administradores, das disposições imperativas da lei relativa às sociedades comerciais originava responsabilidade delitual<sup>3709</sup>.

IX. Ponto assente é que a responsabilidade obrigacional pode decorrer da violação de obrigação de fonte não contratual. Será o caso das obrigações resultantes da lei, nomeadamente no âmbito da gestão de negócios, enriquecimento sem causa e negócios jurídicos unilaterais.

Por exemplo, em caso de gestão de negócios<sup>3710</sup>, se o gestor realizar um ato em benefício do *dominus* não se pode afirmar que o esteja a fazer em cumprimento de um dever de prestar contratual, já que não houve aqui uma prévia assunção de obrigação, antes pelo contrário a sua ausência é pressuposto da própria gestão de negócios. Contudo, com Baptista Machado, parece dever entender-se que, não obstante a ausência de um contrato entre gestor e dono do negócio, existe aqui um “*dever especial de protecção*”, que justifica a aplicação da responsabilidade obrigacional, uma vez que o gestor não está na posição de *qualquer pessoa*<sup>3711</sup>.

Por isso, se os empregados ou outros auxiliares do gestor de negócios causarem danos ao *dominus*, aquele responde pelos seus atos nos termos do artigo 800.º/1 CC<sup>3712</sup>.

X. Pode haver situações em que uma pessoa, com um só ato, pratica em simultâneo um ilícito extracontratual e um ilícito contratual<sup>3713</sup>. Isso verifica-se

---

<sup>3709</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 198.

<sup>3710</sup> Sobre as obrigações do gestor de negócios: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 445 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 99 e seguintes, considerando que a primeira parte do art. 466.º/1 do CC dá origem a responsabilidade delitual do gestor perante o *dominus*, enquanto a violação de deveres específicos irá consubstanciar responsabilidade obrigacional, aplicando-se o art. 799.º/1 do CC; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, ob. cit., pp. 458 e seguintes.

<sup>3711</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Anotação ao Acórdão de 22 de Abril de 1986*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 121.º, N.º 3767, pp. 83 e 85. Todavia, o Autor defende, a este respeito, a aplicação por analogia da presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1, do CC, solução que não parece coerente com a proibição de aplicação analógica de normas excepcionais, nem necessária.

<sup>3712</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Anotação ao Acórdão de 22 de Abril de 1986*, ob. cit., p. 83, nota 10.

sempre que, perante um contrato, um dos contraentes não realiza o respetivo dever, dando com isso origem a danos na pessoa ou nos bens da contraparte<sup>3714</sup>  
<sup>3715</sup>.

Assim poderá suceder nos seguintes casos<sup>3716</sup>:

- a) Um transportador causa um acidente em que a pessoa transportada sofre ferimentos;
- b) O médico radiologista provoca danos na pessoa do paciente;
- c) O farmacêutico entrega ao cliente um produto nocivo para a saúde deste, que não corresponde ao produto solicitado;
- d) O depositário danifica a coisa depositada;
- e) Pense-se também no caso de o comodatário matou o animal comodatado: a impossibilidade (culposa) de restituição da coisa configura incumprimento contratual, enquanto que o dano decorrente da perda do animal parece já ser um ilícito extracontratual<sup>3717</sup>.

A situação pode envolver diretamente um auxiliar, como é o caso do exemplo de Teixeira de Sousa<sup>3718</sup>: *“os depositários que escolhem para restituição da coisa depositada um auxiliar que é manifestamente inapto para o desempenho dessa função e que vem efectivamente a danificá-la constituem-se numa obrigação de indemnização tanto obrigacional, por violação do contrato de depósito, como delitual,*

---

<sup>3713</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., pp. 142 e seguintes, referindo que um ilícito contratual pode, em simultâneo, dar origem a um ilícito delitual. Refere ainda o caso da equipa de futebol de Torino, falecida num acidente de viação, que originou responsabilidade obrigacional perante os herdeiros das vítimas, mas em que o clube desportivo veio ainda reclamar uma indemnização a título extracontratual, pela destruição da equipa de futebol. De acordo com Betti, o dano apenas será indemnizável caso o transportador soubesse que a bordo transportava um conjunto de pessoas que compunha uma equipa: *“era necessario che il contenuto precectivo del contratto, dal quale solo derivano gli obblighi contrattuali, fosse concepito in modo tale da far assumere al vettore la garanzia per il maggior rischio dell’incolumità della squadra: rischio eccedente l’alea normale del contratto di trasporto di persone”*.

<sup>3714</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 208.

<sup>3715</sup> Sobre o problema, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, ob. cit., pp. 251 e seguintes e, em particular, as pp. 313 e seguintes.

<sup>3716</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 547.

<sup>3717</sup> Neste sentido, VITTORIO, SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, ob. cit., p. 175.

<sup>3718</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, ob. cit., p. 314.

*por infracção do direito de propriedade do depositante.”. Podendo colocar-se então o problema suscitado pelo Autor, de saber se a exclusão convencional de responsabilidade por atos de auxiliares, admitida do n.º 2 do art. 800.º do CC, obsta ou não à aplicação do art. 500.º CC. Porém, salienta que nem todos os incumprimentos contratuais são suscetíveis de fundamentar uma responsabilidade delitual do devedor perante terceiros: “É necessário que a prestação omitida (ou cumprida defeituosamente) vise a protecção de terceiros perante determinados riscos ou perigos”<sup>3719</sup>.*

Outro exemplo é-nos dado pela doutrina anglo-saxónica: se um dentista extrair um dente de forma tão descuidada que pedaços do dente se mantêm no maxilar do paciente, há responsabilidade obrigacional e também delitual, havendo quem considere que a indemnização poderá ser pedida ao abrigo de qualquer um dos delitos<sup>3720</sup>.

XI. Poder-se-ia dizer que não é admissível o concurso, entre os mesmos sujeitos, de infração contratual ou delitual: o direito atingido ou cabe no âmbito do contrato, ou nele não se inclui. Por isso, a responsabilidade consequente seria obrigacional, ou delitual<sup>3721</sup>. Porém, a doutrina divide-se em relação a esta questão<sup>3722</sup>:

- a) Aqueles que defendem o sistema do cúmulo, que inclui três hipóteses:
  - a. O lesado pode, na mesma ação, invocar as normas da responsabilidade obrigacional e extraobrigacional;
  - b. O lesado pode optar por qualquer um dos sistemas<sup>3723</sup>;
  - c. O lesado pode intentar as duas ações, de forma autónoma, com o respetivo fundamento.

---

<sup>3719</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, ob. cit., p. 323.

<sup>3720</sup> M. A. PHILIP S. JAMES, *General Principles of the Law of Torts*, ob. cit., pp. 9 e 10.

<sup>3721</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 146.

<sup>3722</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 548.

<sup>3723</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., p. 237.

- b) Aqueles que consideram vigorar um sistema do não cúmulo: o lesado deve recorrer ao regime obrigacional, que *consome* o delitual.

Na segunda perspetiva, nada justifica uma duplicação de ações<sup>3724</sup>: se o dano se situa no âmbito do contrato, é o regime obrigacional que deve ser aplicado: haverá aqui uma relação de especialidade, pelo que se o dano ocorre no domínio concretamente protegido pelo contrato, esse deverá ser o regime a aplicar<sup>3725</sup>.

XII. No caso julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 18.05.2010<sup>3726</sup>, verificou-se uma destas situações em que é especialmente complexa a destrição entre a responsabilidade obrigacional e a delitual. No caso em apreço, um motorista de um autocarro encontrava-se a fumar no seu interior, num momento em que o mesmo estava ao serviço mas parado, e, tendo entrado uma passageira que o chamou a atenção para essa situação, o referido funcionário agrediu-a violentamente, causando-lhe inúmeros ferimentos. Neste caso, o funcionário praticou claramente um ato ilícito e doloso, por via do qual ofendeu o direito à integridade física da passageira, preenchendo a previsão do n.º 1 do artigo 483.º CC, sem prejuízo da responsabilidade criminal aplicável. A questão que se colocava era, todavia, a de saber a que título deveria a entidade empregadora responder, nomeadamente ao abrigo da responsabilidade do comitente ou nos termos do artigo 800.º CC. A Relação enveredou pela aplicação do artigo 500.º, considerando que a empresa respondia, não obstante o incumprimento dos deveres por parte do comissário, tal como previsto no n.º 2 deste preceito.

A entidade empregadora invocava, apesar de tudo, que o fato ilícito ocorrera *fora do exercício de funções*, tratando-se de um dano que era de todo imprevisível por ter uma ligação puramente incidental com o exercício das mesmas. Diversamente, a Relação concluiu não haver dúvidas de que o ato fora praticado *no exercício da função*, ainda que intencionalmente e contra as

---

<sup>3724</sup> Assim, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 549.

<sup>3725</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 550.

<sup>3726</sup> Processo n.º 4215/07.2TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

instruções da comitente: *“quando alguém se serve de uma outra pessoa para, sob a sua direcção, realizar determinada tarefa, se responsabiliza, implícita ou tacitamente, pela actuação dela, e que, por outro lado, é mais justo que recaiam sobre o comitente os efeitos da frequente insuficiência económica do comissário”*.

Assinala-se que, neste caso, o Tribunal não chegou a admitir a possibilidade de se estar diante de responsabilidade obrigacional, por parte da empresa de transporte. Contudo, a integridade física dos passageiros, a partir do momento em que se encontram no interior do veículo, é passível de integrar o conteúdo da obrigação de transporte contratualmente assumida, sendo ainda um dever do motorista o de tratar os passageiros com correção, respeito e urbanidade, deveres esses que haviam sido claramente infringidos. Deste modo, parece-nos que havia razões suficientes para, ao menos, este problema ter sido abordado.

XIII. No Acórdão do STJ de 12 de julho de 2001<sup>3727</sup>, considerou-se que não havia responsabilidade do comitente devido ao dano não ter sido causado pelo comissário no exercício da sua função. O lesado propôs uma ação contra uma discoteca e contra 6 funcionários da mesma (sendo que um deles era também sócio), pedindo a condenação solidária no pagamento de uma indemnização pelos danos causados por estas pessoas, ao serviço da referida discoteca. Ficou provado que dois dos réus acordaram em atrair o autor para a discoteca, *“para em conjugação de esforços o agredirem”*, o que efetivamente aconteceu, tendo o autor inclusivamente ficado em risco de vida. O recurso abordava a questão de saber se a sociedade também respondia pelos danos, atendendo ao disposto no artigo 500.º do CC, que apenas responsabiliza o comitente quando *o fato danoso for praticado por este [comissário] no exercício da função que lhe foi confiada, como resulta daquele n.º 2, o que implica a necessidade de existência de uma conexão entre o fato danoso do comissário e o exercício, por este, da função de que foi incumbido, sendo insuficiente para o efeito a mera coincidência de lugar ou de tempo*<sup>3728</sup>. De acordo com o STJ, tal conexão era inexistente naquele caso, porquanto os réus, embora prestassem serviço à discoteca, sob a sua

---

<sup>3727</sup> Colectânea de Jurisprudência, 2001, Tomo III, pp. 27 a 30.

<sup>3728</sup> Colectânea de Jurisprudência, 2001, Tomo III, p. 29.

direção, tinham como função atender os clientes da discoteca, controlar a caixa e garantir a segurança dentro do estabelecimento. Ora, segundo o Tribunal, *“é manifesto que os réus que prestavam serviços à ré não actuaram de forma alguma no exercício dessas suas funções, conquanto se tenham aproveitado delas”*<sup>3729</sup>. O principal argumento do STJ foi o de que competia àqueles funcionários apaziguar zaragatas e não iniciá-las, como tinha sido o caso: se tivesse sido ao contrário, a discoteca responderia, mesmo que houvesse algum excesso por parte dos funcionários no apaziguamento da zanga. Mas tendo sido os próprios funcionários a iniciar a zaragata, tal responsabilidade do comitente inexistiria, por se tratar de uma atuação *“com objectivos puramente pessoais, de carácter vingativo, sem qualquer nexó com as funções que exerciam para a ré”*<sup>3730</sup>.

Também a resolução deste caso parece suscitar algumas dúvidas. Embora se afigure que efetivamente a responsabilidade seria delitual, na medida em que inexistia aqui um dever prévio, mostra-se já duvidosa a afirmação do tribunal de que o principal não responde quanto os funcionários prossigam objetivos puramente pessoais, de carácter vingativo. Com efeito, como procurámos anteriormente sustentar, ainda que o ato seja praticado pelo preposto com dolo, tal não obsta à responsabilidade do principal, solução que nos parece manter-se quer no âmbito do art. 800.º/1, quer no do art. 500.º. Nem tão pouco impede essa aplicação a inobservância das instruções do principal, como teria sido o caso.

XIV. Vejamos agora um outro caso, decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 26 de fevereiro de 1987<sup>3731</sup>: o cliente solicitara ao banco a realização de uma transferência de quantia em moeda estrangeira, para outro banco, através de carta, na qual referia expressamente que se pretendia a transferência para a conta poupança-crédito da filha do cliente, a qual deveria ser feita em marcos ou escudos equivalentes, *“e, caso fosse viável, pois o que interessava é que desse entrada na «poupança-crédito», para ter direito à redução de impostos”*. O banco

---

<sup>3729</sup> Colectânea de Jurisprudência, 2001, Tomo III, p. 29.

<sup>3730</sup> Colectânea de Jurisprudência, 2001, Tomo III, p. 29.

<sup>3731</sup> Acórdão de 26.02.1987, em Colectânea de Jurisprudência, 1987, Tomo I, p. 147.



réu efetuou as transferências e documentou-as, entregando os comprovativos ao cliente. Contudo, o Banco de Portugal não autorizou a transferência, ficando então o cliente ciente de que o banco réu não cumprira as suas instruções, ou seja, não pedira previamente ao Banco de Portugal tais transferências, as quais, por sinal, apenas podiam ter lugar de uma conta a prazo para outra de outro banco, e não para uma poupança-crédito. O tribunal salientou que o banco, sendo uma instituição profissional, tinha obrigação de saber que assim era<sup>3732</sup>.

Segundo o Tribunal, entre autor e réu fora celebrado um contrato de mandato, nos termos do artigo 231.º CCom, pelo que, antes de proceder à transferência, o banco, *“previdentemente, tinha que averiguar se havia obstáculos de natureza legal ou regulamentar, ou mesmo instruções do Banco de Portugal impeditivas da almejada transferência de fundos, para o que estava em situação ímpar na medida em que, como entidade bancária, não podia desconhecer todo o condicionalismo que pautava a referida transferência de dinheiro tal como o mandante impunha”*<sup>3733</sup>. Por isso, responsabilizou o banco pelos danos sofridos pelo cliente, aplicando para esse efeito o disposto na alínea a) do artigo 1161.º do CC, por ter ocorrido incumprimento negligente das instruções do mesmo.

Note-se que a decisão omite toda e qualquer referência ao disposto no artigo 800.º, n.º 1, do CC, que aqui seria, em princípio, aplicável.

XV. Coloca-se ainda o problema da responsabilidade por informações e conselhos, a nível obrigacional<sup>3734</sup>, particularmente relevante no caso dos advogados, médicos, contabilistas, engenheiros e outras profissões de elevada especialização técnica. Naturalmente que o médico deverá informar o paciente dos perigos inerentes a determinada intervenção ou tratamento, bem como o advogado deve informar da possibilidade de perda ou ganho da ação, e assim por diante.

---

<sup>3732</sup> Colectânea de Jurisprudência, 1987, Tomo I, p. 147.

<sup>3733</sup> Colectânea de Jurisprudência, 1987, Tomo I, p. 150.

<sup>3734</sup> Sobre o tema no âmbito da compra e venda, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O cumprimento defeituoso e a venda de coisas defeituosas*, ob. cit., pp. 577 e seguintes.

Aos notários – ao qual se pode acrescentar o de outras entidades, com competências equiparadas<sup>3735</sup>, incumbem igualmente certos deveres de informação e de esclarecimento<sup>3736</sup>. Em relação a este ponto, Sinde Monteiro destaca o *“dever de esclarecimento dos clientes sobre o alcance e efeitos dos seus compromissos e obrigações, mas também deveres de informação muito completos sobre as condições de validade”*<sup>3737</sup>, e, especificamente quanto a negócios que incidem sobre bens imóveis, *“deveres de verificação exaustivos (existência de servidões, hipotecas, etc.)”*<sup>3738</sup>.

A eventual inobservância destes deveres, quer provenha da entidade diretamente, quer de um dos seus auxiliares de cumprimento, deve igualmente dar origem à responsabilidade obrigacional, podendo aplicar-se aqui o art. 800.º/1 do CC.

Outro caso em que os deveres de informação assumem particular relevância é o dos fornecedores de grandes e médios sistemas de informática, em que, devido à *“elevada tecnicidade”* do produto, *“o vendedor tem de ter em conta as necessidades do utilizador, para que esta obtenha a satisfação desejada, o que implica deveres de mettre en garde e uma orientação na escolha”*<sup>3739</sup>.

Sinde Monteiro dá-nos ainda conta da discussão acerca da responsabilidade por informações prestada por revistas especializadas em acontecimentos económicos e financeiros, quando a informação prestada por

---

<sup>3735</sup> O artigo 38.º do DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, atribui aos conservadores, oficiais de registo, advogados e solicitadores a competência para fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos nos termos previstos na lei notarial.

<sup>3736</sup> Sobre a responsabilidade do banco em relação a deveres de informação, J. BAPTISTA MACHADO, *A cláusula do razoável*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, N.º 3758, pp. 137 e seguintes, bem como em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, N.º 3759, pp. 161 e seguintes e em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, N.º 3760, pp. 202 e seguintes.

<sup>3737</sup> Cf. também JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 385 e seguintes.

<sup>3738</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 400.

<sup>3739</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 407 e seguintes. Noutro âmbito, veja-se ainda MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, ob. cit., pp. 65 e seguintes.

um jornalista, especializado, não corresponde à realidade ou é manipulada<sup>3740</sup>. O Autor refere algumas decisões do BGH onde se considerou haver um contrato misto, em que o comprador, com a assinatura da revista, pretendia também ou mesmo a título principal, receber um conselho.

Neste caso, parece-nos que o jornalista é um auxiliar da empresa para a qual presta a sua atividade. Contudo, com Sinde Monteiro, será importante sublinhar que a afirmação do dever de cuidado do jornalista e, bem assim, do editor, não pode transferir para estes o risco do investimento, que corre pelo próprio investidor.

Pode também acontecer que se verifique uma situação de dolo do próprio jornalista: assim, no caso enunciado por Sinde Monteiro<sup>3741</sup>, em que o jornalista adquire, a preço reduzido, um grande número de certo tipo de ações e publica, de seguida, artigos em que analisa favoravelmente os negócios da empresa em causa, podendo exagerar ou mesmo inventar fatos, de forma a incentivar os leitores à aquisição de ações. Posto isso, o jornalista vende as suas próprias ações, aproveitando o aumento do respetivo preço, prejudicando aqueles que os comprem. Não obstante, este será um caso de responsabilidade delitual, e não obrigacional.

Pode ainda a este respeito introduzir-se o tema da responsabilidade dos *operadores dos motores de busca*, matéria em relação à qual dispõe a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Em particular, decorre do art. 12.º desta Diretiva que *“o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso*

---

<sup>3740</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 390 e seguintes.

<sup>3741</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 391, nota 164.

disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesmo, lícita”<sup>3742</sup>.

XVI. Averiguados os âmbitos em que a questão se pode colocar, ir-se-á agora procurar as possibilidades de resolução propostas pela doutrina.

Um entendimento possível para explicar o problema é o dos Mazeaud, que afirmam: *“Ainsi, à partir de l’exécution de l’obligation principale par un préposé existante, en quelque sorte, deux cercles concentriques: celui des fautes qu’il peut commettre dans le domaine contractuel, et celui des fautes dont son commettant répond sur le plan délictuel”*, originando, assim, o *“problème spécial de coordination des responsabilités contractuelle et délictuelle”*, a resolver através da questão prévia da delimitação do âmbito obrigacional<sup>3743</sup>.

Ora, com Carneiro da Frada, este é um tema que começou por despontar no âmbito do Direito laboral, mas que *“cresce na exacta medida do incremento das interdependências características das sociedades modernas, acompanhando a divisão e especialização de funções que nelas se verificam”*<sup>3744</sup>.

Parece-nos assim indiscutível que o critério de destrinça terá de passar, em primeiro lugar, pela identificação do conteúdo do contrato, ou, nas palavras deste Autor, a *“ordem de protecção específica na zona envolvente do contrato”*<sup>3745</sup>.

XVII. Vamos restringir a nossa análise a este tema, de tão grande importância e extensão, à delimitação do âmbito de aplicação do artigo 500.º face ao artigo 800.º do CC.

---

<sup>3742</sup> Este foi o sentido da decisão do TJUE, no Acórdão de 13.05.2014, Processo C-131/12, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5b3343edf0d274be89408d0222123159c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc390?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=103442>.

<sup>3743</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1042.

<sup>3744</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, em *Revista Direito e Justiça*, 2.º dos Volumes Comemorativos dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do seu Curso de Direito, pp. 300 e 301.

<sup>3745</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 299.

O exemplo de Becqué é bastante ilustrativo quanto à diferença existente entre a responsabilidade obrigacional e delitual por fato de outrem: o devedor obrigou-se ao transporte de óleo e confiou esta tarefa aos seus funcionários, que levaram duas viaturas: numa descida, um dos condutores, por negligência, não trava, e uma das viaturas despenha-se num precipício, atropelando pelo caminho uma criança.

Se caso fosse decidido ao abrigo da lei alemã, o devedor poderia liberar-se da sua responsabilidade (delitual) perante o pai da criança, por ausência de culpa *in eligendo*, mas teria obrigatoriamente de indemnizar o credor da prestação relativa ao óleo<sup>3746</sup>.

Porém, no caso português, a diferença básica assinalada a propósito da aplicação dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil reside na circunstância de o primeiro se situar no âmbito da responsabilidade extracontratual, enquanto o segundo seria exclusivo da responsabilidade contratual ou obrigacional<sup>3747</sup>.

Deste modo:

- a) A responsabilidade obrigacional por fato de outrem situa-se sempre no âmbito da formação ou no momento do cumprimento duma obrigação preexistente, enquanto a responsabilidade delitual por fato de outrem ocorre fora de um âmbito obrigatório prévio<sup>3748</sup>;
- b) A extensão de cada uma destas responsabilidades difere, quer quanto às pessoas pelas quais o agente responde, quer quanto aos danos ressarcíveis<sup>3749</sup>;
- c) A nível de prova, na responsabilidade do comitente deve o lesado demonstrar que o dano é imputável ao comissário, enquanto na

---

<sup>3746</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 289.

<sup>3747</sup> FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 505, refere a dicotomia clássica que distingue a responsabilidade civil em contratual, quando resultante de ilícito contratual (violação de um dever especial), e extracontratual, se decorrente de violação do dever geral de abstenção. Pronuncia-se, todavia, a favor da existência de uma só responsabilidade com dois regimes diversos (p. 506).

<sup>3748</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 411. Contudo, não acompanhamos este Autor quando afirma que a responsabilidade obrigacional se verifica perante o credor, enquanto a delitual é referente a um estranho, pois, em bom rigor, o lesado poderá ser o próprio credor, embora não nessa qualidade.

<sup>3749</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 411.

responsabilidade obrigacional basta ao credor demonstrar que a obrigação não foi cumprida<sup>3750</sup>.

De assinalar ainda que, em face da diferenciação entre responsabilidade delitual por fato de outrem da responsabilidade negocial por fato de outrem, é de recusar, em consequência disso, a aplicação extensiva ou analógica do regime delitual ao âmbito negocial<sup>3751</sup>.

XVIII. Em comum às ambas formas de responsabilidade, temos ainda a circunstância de tanto a nível delitual, como obrigacional, se estabelecer um regime de imputação do fato de outrem<sup>3752</sup>, embora a técnica não seja exatamente a mesma<sup>3753</sup>. Este é um dos pontos em que se evidencia com maior intensidade a diferença entre responsabilidade delitual e obrigacional, sendo incontornável a sua apreciação<sup>3754</sup>.

Já Pessoa Jorge considerava que nada obstava a que, devido a um mesmo fato, se cumulassem ambas as responsabilidades, obrigacional e extra-obrigacional<sup>3755</sup>. Na perspetiva deste Autor, *“Não parece exacto afirmar que os dois artigos regulem situações correspondentes, uma no campo da responsabilidade obrigacional e outra no campo da responsabilidade delitual, em termos de se excluir a aplicação cumulativa: as previsões das duas normas coexistem sempre que o devedor utiliza alguém no cumprimento da sua obrigação, pois é então um comitente e o solvens*

---

<sup>3750</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 412.

<sup>3751</sup> Neste sentido, FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, p. 413, onde refere que a responsabilidade delitual por fato de outrem é *especial* em relação ao campo obrigacional.

<sup>3752</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 103.

<sup>3753</sup> Nem sempre foi assim. No Código de Seabra, como referido supra, não havia uma norma geral de imputação da responsabilidade por fato de outrem ao devedor, o que no entanto não impediu que a doutrina afirmasse esta mesma responsabilidade. Neste sentido, cf. ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 677.

<sup>3754</sup> Sobre o tema, cf. ainda MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 306 e nota 284, salientando que o regime da responsabilidade por fato de terceiro na responsabilidade aquiliana é menos gravoso do que aquele que vigora na responsabilidade obrigacional. Cf. também JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações, Segundo Volume*, ob. cit., pp. 9 e seguintes; PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., p. 27.

<sup>3755</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 41.

*ou auxiliar um comissário*”<sup>3756</sup>. Entendia, porém, que o artigo 500.º continha uma norma mais ampla, numa lógica de regra geral / regra especial, pelo menos na relação entre o agente e o responsável. Assim, parecia entender que a relação existente entre o substituto ou auxiliar e o devedor corresponderia a uma espécie de comissão, a comissão que seria exercida no cumprimento da obrigação. Por outro lado, no que de momento interessa salientar, o Autor assinalava o diferente modo de funcionamento das normas: o artigo 500.º possibilita a imputação ao comitente, enquanto o artigo 800.º impede a desresponsabilização do devedor<sup>3757</sup>.

Destaca-se que no artigo 500.º o comitente responde desde que sobre o comissário recaia a obrigação de indemnizar, mas já no artigo 800.º o devedor pode exonerar-se se demonstrar que a inexecução não decorreu de culpa do substituto ou do auxiliar. Neste sentido, veja-se o exemplo de Pessoa Jorge: “A, devedor de certa peça antiga de porcelana, encarrega B de proceder à entrega dela e este, ao fazê-lo, tem um acidente com o seu automóvel, de que resulta quebrar-se a peça; se o acidente foi devido a força maior estranha ao funcionamento do veículo, A não é responsável perante o credor, porque, nos termos do artigo 800.º, não há culpa do auxiliar e, nos termos do artigo 500.º, este também não tem obrigação de indemnizar, nem mesmo a título de risco; mas se o acidente se deu por avaria do veículo, embora sem culpa de B, A não é responsável por força do artigo 800.º, mas já o é por força do artigo 500.º, pois há para B a obrigação de indemnizar fundada no risco.”<sup>3758</sup>.

Na verdade, a diferente forma de imputação da responsabilidade por fato de outrem em termos delituais e obrigacionais é uma das situações excepcionais em que o regime obrigacional não se pode reconduzir ao regime comum da responsabilidade civil<sup>3759</sup>. Como assinala Teixeira de Sousa, há que analisar o problema do *prisma do titular do direito à indemnização*: no âmbito do

---

<sup>3756</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 149.

<sup>3757</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 149.

<sup>3758</sup> FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, pp. 149 e 150.

<sup>3759</sup> MANUEL GONÇALVES PEREIRA, *Da responsabilidade por fato de outrem*, ob. cit., pp. 31 e seguintes.

art. 500.º, a imputação do dano ao comitente não destrói a responsabilidade solidária em que este se encontra, com o comissário; já no art. 800.º/1, *“a imputação do incumprimento contratual do auxiliar ao devedor visa afectar exclusivamente este devedor a uma responsabilidade obrigacional perante o credor e, por isso, possibilitar a exoneração de qualquer responsabilidade obrigacional do auxiliar perante aquele credor”*, concluindo, por isso, que *“não pode ser imputada ao devedor, enquanto responsável ex contractu, uma responsabilidade delitual do seu auxiliar”*<sup>3760</sup>.

XIX. Não parece ser desta opinião Menezes Cordeiro, ao afirmar que *“No que respeita ao regime da responsabilidade por actos de auxiliares, a diferença é, também, muito escassa, devendo o art. 800.º/1 considerar-se como uma concretização do art. 500.º/1”*<sup>3761</sup>. O Autor considera ainda que uma das diferenças normalmente invocadas pela doutrina, consistente na dispensa de uma relação de subordinação no artigo 800.º, seria pouco relevante, já que a mesma decorreria da diferente natureza das responsabilidades: no artigo 500.º os intervenientes têm total liberdade, enfrentando deveres genéricos negativos, enquanto no campo obrigacional tanto o devedor como os auxiliares se encontram sujeitos à própria obrigação, *“tornando-se desnecessário exprimir, em termos normativos, o nexo de imputação com recurso a vínculos subordinativos suplementares”*<sup>3762</sup>.

Para Menezes Cordeiro, também não é de apontar, como aspeto de diferenciação, o seguinte<sup>3763</sup>:

- a) O ato do representante responsabiliza o devedor, nos termos do artigo 800.º;
- b) O ato do representante não responsabiliza, necessariamente, o comitente, pelo artigo 500.º.

---

<sup>3760</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, ob. cit., pp. 316 e 317, acrescentando: *“Assim, como a responsabilidade obrigacional do devedor não é extensível ao auxiliar, o lesado só pode optar, numa eventualidade de concurso de responsabilidades emergentes do incumprimento por um auxiliar do devedor, entre responsabilizar delitualmente o devedor-comitente ou o auxiliar-comissário (ou ambos) ou demandar apenas o devedor contratualmente responsável.”*.

<sup>3761</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 638.

<sup>3762</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., p. 638.

<sup>3763</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, ob. cit., pp. 638 e 639. O Autor refere que o ato do representante não responsabiliza, necessariamente, o comissário, mas cremos que se trata do comitente.



XX. Em bom rigor, nada obriga que o regime de responsabilidade delitual e obrigacional por fato de outrem tenha uma natureza idêntica<sup>3764</sup>. Não obstante, é o que se verifica no caso português, em que quer o artigo 500.º, quer o artigo 800.º, recorrem à imputação objetiva, i.e., independente de culpa. Por outro lado, como assinala Maria Victória da Rocha, “*A opção por uma imputação objectiva ou subjectiva traduz uma opção quanto ao grau de sacrifício maior ou menor exigido ao devedor, que tem como necessária contrapartida, a menor ou maior tutela do crédito, do tráfico jurídico*”<sup>3765</sup>.

Porém, a nosso ver, a circunstância de ambas as normas apelarem a um critério objetivo é, porventura, a única semelhança entre os dois dispositivos, já que, em tudo o mais, eles se afastam.

Salientam-se as diferenças entre os dois preceitos:

- a) Diferente técnica de imputação<sup>3766</sup>;
- b) Inexigência de relação de comissão e consequente subordinação no artigo 800.º;
- c) Desnecessidade de imputação do dano ao auxiliar ou representante legal;
- d) Omissão (pelo menos na letra da lei), no artigo 800.º, a que os atos do auxiliar sejam praticados no cumprimento da obrigação, em contraste com a exigência, no artigo 500.º, de que o comissário pratique o ato no exercício da função que lhe foi confiada<sup>3767</sup>.

---

<sup>3764</sup> Neste sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 446 e 447.

<sup>3765</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 35.

<sup>3766</sup> SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 110 e seguintes, a propósito da imputação do dano ao comissário no âmbito do artigo 500.º do CC, aceitando no entanto a imputação a qualquer título, incluindo pelo risco e por fato lícito.

<sup>3767</sup> ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, ob. cit., p. 678, considera que a ausência de uma formulação clara neste sentido pode levar a duvidar que a responsabilidade do devedor se circunscreva aos atos praticados no cumprimento da obrigação.

Desde logo, assinala-se que a lei utiliza uma *“diversa forma de imputar o dano”*: no artigo 500.º exige-se uma *“dupla imputação do dano”*<sup>3768</sup>, ou seja, este deve ser primeiramente imputado ao comissário e, na sequência disso, ao comitente<sup>3769</sup>.

Destarte, enquanto que para efeitos da responsabilidade delitual por fato de outrem é necessário que o comissário responda, por si só, pelo dano, no âmbito do artigo 800.º isso pode ou não acontecer: *“Essa responsabilidade não depende com efeito aqui de qualquer imputação do dano ao auxiliar como seu requisito prévio e necessário”*, na medida em que a técnica utilizada pelo legislador é a de *“projectar logo a conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade”*<sup>3770</sup>. Estamos, assim, diante de uma ficção: a conduta do auxiliar é como se fosse a conduta do próprio devedor<sup>3771</sup><sup>3772</sup>. Acrescenta ainda Carneiro da Frada que, *“A descrita ficção da substituição do autor do fato do comportamento pela pessoa do devedor, inequivocamente consagrada na parte final do art. 800 n.º 1, tem naturalmente reflexos práticos porque possibilita um alargamento da zona de responsabilidade e da tutela do lesado”*<sup>3773</sup>. Ora, com a aplicação do artigo 800.º/1 do CC, a violação de deveres de proteção acaba por ser imputada ao devedor, o que reforça a tutela da integridade do credor, até porque será aqui também aplicável o artigo 799.º, presumindo-se a culpa também no caso dos auxiliares<sup>3774</sup>.

---

<sup>3768</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 206 e 207, acrescentando que é duvidoso que a comissão, por si só, seja uma especial fonte de perigos, tornando questionável a sua inclusão neste tipo de imputação, parecendo antes que se pretende *“alijar do lesado o risco da insolvência do comissário”*.

<sup>3769</sup> Seguimos neste ponto a exposição de MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 301.

<sup>3770</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 301.

<sup>3771</sup> Também MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 302, considera tratar-se de uma ficção, *“na medida em que se ficciona o comportamento causador do dano na pessoa do devedor”*. Acrescenta que a fórmula legal se aproxima do método de imputação à pessoa coletiva dos atos dos titulares dos seus órgãos.

<sup>3772</sup> Cf. ainda MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 209 e seguintes: *“Projecta-se o comportamento do auxiliar na pessoa do devedor”*.

<sup>3773</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., pp. 210 e 211.

<sup>3774</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 213.

Quando o devedor responde pela violação de deveres de proteção em relação ao credor, praticada por um seu auxiliar, verifica-se a imputação ao devedor de uma conduta de terceiros, sem que ao comportamento daquele se possa apontar qualquer censura do ponto de vista ético-jurídico<sup>3775</sup>. De acordo com Carneiro da Frada, “*Em matéria de deveres de protecção lê-se que se há-de aplicar este último preceito, o que levaria a uma responsabilidade mais rigorosa em relação à que resulta do art. 500*”<sup>3776</sup>.

A solução porém não é pacífica, como referido<sup>3777</sup>. Em sentido diverso parece pronunciar-se Antunes Varela, ao afirmar que, se o fato não for imputável ao auxiliar em termos subjetivos, o devedor não responde<sup>3778</sup>.

Porém, a verdade é que a obrigação apenas vincula o devedor, sendo relativa, pelo que não seria viável a imputação ao auxiliar do ilícito obrigacional<sup>3779</sup>. Criticando esta tese, Carneiro da Frada assinala, e bem, que a mesma se enquadra melhor na interpretação do artigo 1228.º do *Codice Italiano*, que não recorre à dita projeção da atuação do auxiliar na pessoa do devedor<sup>3780</sup>. Com efeito, para este Autor, se se fosse exigir a dupla imputação no âmbito do artigo 800.º/1, estar-se-ia a inutilizar esta previsão de responsabilidade, nomeadamente nos casos em que o devedor não tem, ele mesmo, possibilidade e/ou capacidade para cumprir por si mesmo, tendo de recorrer a terceiros especializados, em áreas que o próprio devedor não domina. Ora aqui, se o terceiro não praticar nenhum ilícito, o devedor não iria responder, desde logo

---

<sup>3775</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 204, referindo expressamente o disposto nos artigos 500.º e 800.º, n.º 1, do CC.

<sup>3776</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 205, acrescentando que esta questão suscita a de saber se se justifica a aplicação aos deveres de proteção das regras da responsabilidade contratual.

<sup>3777</sup> Contra, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 103, considera que a violação de deveres de proteção se integra no âmbito delitual, portanto “*fora do perímetro contratual*”, acrescentando que não é necessário ficcionar que do contrato emergem deveres de proteção se eles já decorrem das regras de responsabilidade civil.

<sup>3778</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., p. 56; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume II, ob. cit., pp. 103 e 104.

<sup>3779</sup> No mesmo sentido, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 210, nota 443, até porque, se assim fosse, de nada serviria a *ficção* contida na parte final do n.º 1 do artigo 800.º.

<sup>3780</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 210, nota 443.

não teria culpa *in eligendo*, já que, não conhecendo a matéria, não teria hipótese de escolher de outra forma o auxiliar<sup>3781</sup>.

XXI. Uma das consequências da exigência de uma dupla imputação no artigo 500.º, em contraposição ao artigo 800.º, é que *“Todas as causas que excluem a responsabilidade do comissário aproveitam ao comitente, mas já não liberam sem mais o devedor se se verificam no auxiliar. Este último não pode, repete-se, desculpar-se com as circunstâncias do auxiliar que a ele mesmo não aproveitariam”*<sup>3782</sup>.

Assim, a imposição de deveres de proteção ao devedor, conjugado com a presunção legal de um fato danoso culpável, provocado pelo devedor ou pelos seus auxiliares, permite *“reforçar a tutela da integridade do credor”*<sup>3783</sup>. Porém, com Menezes Cordeiro, parece de diferenciar entre<sup>3784</sup>:

- a) Deveres de proteção, que visam reforçar a tutela conferida pelas obrigações;
- b) Deveres do tráfico, que visam complementar a tutela aquiliana<sup>3785</sup>.

XXII. Brandão Proença salienta igualmente esta diferença: *“contrariamente ao que sucede no domínio de aplicação do artigo 500.º, o artigo 800.º não permite outra responsabilização que não seja a do devedor, ou seja, da pessoa obrigada perante o credor”*<sup>3786</sup>. Com efeito, um dos pressupostos de aplicação do artigo 500.º é que o

---

<sup>3781</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 211, nota 443. Cf. também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, ob. cit., p. 69.

<sup>3782</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 212.

<sup>3783</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 213, acrescentando que ao lesado compete apenas fazer a prova da violação de um dever de protecção do devedor, não tendo de demonstrar se tal violação foi realizada pelo próprio devedor ou por um seu auxiliar. Sobre o tema, cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, Volume I, ob. cit., p. 188 e seguintes.

<sup>3784</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 487.

<sup>3785</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 300 e seguintes. Cf. ainda, em especial sobre a responsabilidade neste caso: RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico*, Tomo I, Lisboa, 2012, pp. 164 e seguintes; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, ob. cit., pp. 571 e seguintes.

<sup>3786</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 249.

dano seja imputável ao comissário, sendo a responsabilidade solidária com a do comitente. Este aspeto mostra-se verdadeiramente essencial, porquanto, como nota Brandão Proença:

- a) Pode dar-se o caso de a atuação dos auxiliares do devedor constituir dano, não para o credor, mas sim para terceiro. Quando assim seja, este terceiro não poderá recorrer ao art. 800.º/1, podendo apenas responsabilizar o devedor se lograr invocar a responsabilidade extracontratual, assente na relação comitente/comissário;
- b) Por outro lado, se o credor pretender responsabilizar não o devedor, mas sim o auxiliar, não poderá recorrer ao mesmo tempo ao art. 800.º/1<sup>3787</sup>.

Ora, a nosso ver, tal diferença é a razão da diferente justificação para uma e outra imputações: com efeito, a responsabilidade do comitente é, claramente, uma responsabilidade de tipo *garantia*, o que não parece verificar-se no artigo 800.<sup>3788</sup>.

Assim, contrariamente ao que se verifica no caso de responsabilidade do comitente, o devedor não goza de direito de regresso contra o auxiliar<sup>3789</sup>.

XXIII. Como sublinha Carneiro da Frada, tanto no artigo 500.º, como no artigo 800.º, estamos diante da imputação a uma pessoa, para efeitos de

---

<sup>3787</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., pp. 250 e 251.

<sup>3788</sup> Acerca da função da responsabilidade do comitente, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 330, salientando que se trata de responsabilidade objetiva, que apenas funciona nas relações externas, isto é, perante o lesado, razão pela qual a sua função específica reside na “*garantia do pagamento da indemnização ao lesado, dada a circunstância de os comissários serem pessoas normalmente desprovidas de património susceptível de suportar o pagamento de elevadas indemnizações e, actuando eles no interesse e por conta do comitente, dever caber a este garantir ao lesado a indemnização.*”. Considerando que se trata de responsabilidade pelo risco, PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., p. 7. Já ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., considera, a pp. 618 e 619, que se trata de mais do que risco, assentando antes na ideia de uma *ilicitude imperfeita*. Invocando, para além do risco, a posição de garante do comitente, cf. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, ob. cit., pp. 645 e 646. Cf. ainda MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 395 e seguintes.

<sup>3789</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 208.

responsabilidade, de uma conduta de terceiros, “sem que ao comportamneto do (afinal) responsável se possa apontar a mais leve censura no plano ético-jurídico”<sup>3790</sup>.

Porem, a diferente forma de responsabilização por fato de outrem conduz a uma *maior extensão do âmbito de aplicação do artigo 800.º*: assim, em termos obrigacionais, a responsabilidade por fato de outrem assume uma maior abrangência do que em termos delituais<sup>3791</sup>:

- a) O comitente apenas responde (pelo menos, segundo o entendimento de parte da doutrina nacional) pela conduta de um comissário que se encontre numa situação de subordinação<sup>3792</sup>, enquanto o devedor responde quer por auxiliares dependentes, quer autónomos;
- b) Por outro lado, o comitente não responde pelas condutas do comissário pelas quais ele próprio não responda, na medida em que o dano lhe não seja imputável, enquanto o devedor responderá, nos termos do artigo 800.º, independentemente de qualquer imputação ao auxiliar.

Não é surpreendente que assim seja: a obrigação origina uma relação específica entre credor e devedor, justificando, nessa medida, uma intensificação dos deveres. Assim, mostra-se fulcral a circunstância de o artigo 500.º CC pressupor, necessariamente, que o proposto, atue no interesse e por

---

<sup>3790</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 204.

<sup>3791</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 302, referindo haver um “alargamento substancial”.

<sup>3792</sup> No mesmo sentido, em França, HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 446, consideram essencial, para aplicar o artigo 1384.º do CCF, “le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé”. Em Portugal, pronuncia-se contra a exigência de um nexo de subordinação LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 331. A favor do nexo de subordinação mas já não quanto à liberdade de escolha, cf. no entanto: PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., p. 22. A favor da exigência de liberdade de escolha mas exigindo apenas a atuação no interesse e por conta do comitente, dispensando a subordinação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 608 e seguintes. Cf. ainda MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 266 e seguintes, considera que a comissão não se limita à relação de trabalho subordinado, podendo incluir outros contratos, de prestação de serviços, ou mesmo relações familiares ou sociais.

conta do comitente, exigência essa que não se verifica a respeito da responsabilidade do devedor. A nível delitual, a lei é mais exigente – e parece ser assim em todas as legislações – já que apenas responsabiliza o comitente quando tal se verifica. Nesse ponto parece, pois, residir o fundamento desta responsabilidade.

Aliás, mesmo noutros ordenamentos jurídicos, encontramos uma situação semelhante: veja-se o próprio BGB, em que o § 278, para além de utilizar uma técnica de responsabilidade objetiva, tem um âmbito mais abrangente do que o § 831.

Onde podemos encontrar algumas diferenças é na interpretação que a doutrina nacional faz em relação aos dois preceitos, comparativamente com a evolução da doutrina e da jurisprudência germânicas. Com efeito, vimos já que as limitações do § 831 BGB têm vindo a ser ultrapassadas, quer através de uma extensão do seu conteúdo, quer por meio de recurso ao § 278 BGB. Ao invés, em Portugal, o artigo 800.º/1 CC parece ser quase simplesmente *esquecido*, sendo raramente referido a propósito da análise dos pressupostos de aplicação do artigo 500.º CC, perdendo-se, assim, a eventual utilidade comparativa que daí poderia advir<sup>3793</sup>. O mesmo se diga quanto à doutrina que se debruça sobre a responsabilidade do comitente que, com poucas exceções, não faz o ponto de comparação com o art. 800.º/1 do CC<sup>3794</sup>.

XXIV. Um argumento, decorrente da letra da lei, parece consistir no seguinte: o artigo 800.º/1 não exige, pelo menos em moldes expressos, que o dano seja causado no âmbito de um *ato de cumprimento*, exigindo somente que seja uma violação perpetrada por um *auxiliar de cumprimento*. Como vimos, apesar da ausência dessa exigência expressa, a doutrina tem vindo a considerar que o requisito é necessário. Contudo, para Carneiro da Frada, essa ausência

---

<sup>3793</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 615 e seguintes.

<sup>3794</sup> Sobre o tema, porém: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 329 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 227 e seguintes.

justifica plenamente a aplicação desta norma em caso de violação dos deveres de protecção<sup>3795</sup>, entendimento que, como já salientado, se mostra controverso.

XXV. Importa salientar que art. 800.º/1 CC recorre à *técnica da ficção*: o ato é do auxiliar mas tudo se passa como se tivesse sido o próprio devedor a agir. Isto é assim, ainda que se deva assinalar que a *projeção ou ficção de culpa* na pessoa do devedor não faz sentido em relação à responsabilidade do devedor por atos do seu representante legal pois aquele é, por natureza, incapaz, logo insuscetível de um juízo de culpa<sup>3796</sup>.

Talvez por força desta *ficção*, na perspectiva de Carneiro da Frada, no artigo 800.º não se estaria, propriamente, diante de uma responsabilidade objetiva por fato de outrem, mas antes de uma mera “*representação de uma responsabilidade por fato ilícito-culposo do devedor*”<sup>3797</sup>, assente na lógica do risco-benefício que usualmente justifica o regime instituído pelo artigo 800.<sup>º3798</sup>.

XXVI. Uma orientação nuclear parece ser a protagonizada por Pedro Ferreira Múrias<sup>3799</sup>. A propósito da diferenciação entre o artigo 500.º e o artigo 800.º CC, enuncia os seguintes traços de distinção:

- a) O artigo 500.º tem natureza extra-obrigacional, enquanto o segundo é de carácter obrigacional<sup>3800</sup>;

---

<sup>3795</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 214, ainda que sublinhando, na página seguinte, que o devedor não responde pelos *delitos de ocasião*.

<sup>3796</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 211, nota 443.

<sup>3797</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 302, ao afirmar que “Outro poderia ter sido o caminho do legislador. Em vez da descrita ficção, uma similar amplitude de responsabilidade teria sido obtida se se tivesse abertamente consignado uma responsabilidade objectiva pela utilização de terceiros no cumprimento do programa obrigacional. Se bem se reparar, sem ter então que «representar» uma responsabilidade por fato ilícito-culposo do devedor.”.

<sup>3798</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 206 e 207: “se o devedor se aproveita voluntariamente da cooperação de terceiro na execução da obrigação, deve correr por sua conta e risco o perigo de infidelidade do colaborador.”.

<sup>3799</sup> Considerando que este Autor adota uma “*posição monista radical*”, cf. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, ob. cit., p. 307, nota 284.

<sup>3800</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 172.



- b) O artigo 800.º refere uma situação de violação objetiva do devedor do principal, ou, nas palavras do Autor, *“a ilicitude objectiva afere-se por uma norma que vinculava o principal e não o auxiliar”*<sup>3801</sup>, enquanto que a aplicação do artigo 500.º pressupõe a violação, pelo comissário, do dever geral de respeito<sup>3802</sup>.

Pedro Múrias chama ainda a atenção para a circunstância de ser aplicável o artigo 500.º, mesmo que a responsabilidade do comissário seja obrigacional, isto é, desde que o dano seja imputado ao comissário a nível obrigacional, por este, no desempenho da tarefa que o comitente lhe haja atribuído, ter assumido uma obrigação negocial face ao terceiro lesado<sup>3803</sup>.

Portanto, não obstante o dano causado ao terceiro poder resultar do incumprimento de uma obrigação, tal fato não é suficiente para, por si só, despoletar a aplicação do artigo 800.º/1. Isto porque, *tendo a obrigação sido assumida pelo comissário, e não pelo comitente*, aquele não assume o papel de auxiliar no cumprimento, mas antes a posição de devedor em sentido próprio. Tendo a assunção da obrigação constituído a execução da tarefa designada pelo comitente, justifica-se por isso aplicar aqui o artigo 500.º.

---

<sup>3801</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 172.

<sup>3802</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 174, admite, todavia, que o auxiliar possa igualmente violar um dever próprio. Nesse caso, para além da responsabilidade do devedor, poderia o auxiliar ser também obrigado a indemnizar.

<sup>3803</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 175 e 176, onde nos dá como exemplo a situação de Agnelo, rico colecionador de antiguidades, que incumbe a sua empregada de adquirir um certo objeto, a qual, para prosseguir essa tarefa, acaba por assumir um conjunto de obrigações perante a vendedora, não cumprindo posteriormente aquilo a que se obrigou. Na perspetiva deste autor, não há qualquer dúvida de que o caso se enquadra no artigo 500.º do CC: *“O problema é de apreciação simples. Há entre principal e ‘auxiliar’ uma relação que se enquadra de pleno no art. 500.º, ou seja, há uma comissão, uma relação de subordinação. No exercício dessa comissão, produzem-se danos para terceiros. O comissário é por eles responsável, pois agiu ilicitamente e com culpa. Não se afigura defensável fugir à estatuição daquele preceito. O comitente deve indemnizar, não tendo qualquer relevo o fato de a responsabilidade do comissário ser obrigacional. Por outro lado, o art. 800.º não dá qualquer indicação sobre o caso.”*. Sobre o caso, cf. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 233, considerando haver aqui um mandato sem representação entre A e B, não se aplicando o art. 800.º/1 do CC, já que B não é o auxiliar mas sim o devedor principal.

Para Pedro Múrias, o critério será, assim, o da *titularidade dos deveres violados*<sup>3804</sup>. De acordo com a tese sustentada, não é a natureza obrigacional ou extra-obrigacional do dever violado que suscita a aplicação do artigo 500.º ou do artigo 800.º, já que, no seu entender, ambos se podem aplicar, quer no campo obrigacional, quer no campo extra-obrigacional: *o que será relevante será antes aferir a titularidade do dever violado*<sup>3805</sup>. Sustenta, assim, que não se encontram diferenças substanciais de regime entre a responsabilidade do comitente pelos atos do comissário e a responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares, obedecendo a uma lógica comum à responsabilidade obrigacional e à responsabilidade extra-obrigacional<sup>3806</sup>.

XXVII. Pedro Múrias sublinha que a responsabilidade do comitente é uma *responsabilidade dependente*, existindo em razão da responsabilidade do comissário, parecendo valorizar mais essa caracterização do que o fato de estar em causa responsabilidade obrigacional ou extra-obrigacional<sup>3807</sup>.

Temos no entanto algumas dúvidas relativamente ao segundo exemplo avançado pelo Autor como sendo de incluir no artigo 800.º, correspondente à situação em que o empregado de uma sociedade hoteleira, incumbido de se oferecer como guia a turistas com vista a publicitar os serviços prestados pela sua empregadora, não cumpre a atividade contratada com tais turistas, causando-lhes danos. Pedro Múrias aplica aqui o artigo 500.º por, também neste caso, a obrigação ser assumida entre o guia e o turista. No entanto, parece-nos que a solução poderá ser diversa caso preexista uma relação entre a sociedade

---

<sup>3804</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 178.

<sup>3805</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 191.

<sup>3806</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 192.

<sup>3807</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 177. Retira-se esta conclusão da afirmação do Autor de que “Resulta daqui que o processo para determinar a responsabilidade do comitente parte do momento em que é estabelecida a do comissário, subordinando-se-lhe, nomeadamente, quanto ao seu objecto. Uma vez chegados a este ponto, o regime não é contratual/obrigacional nem o seu oposto, antes resulta do art. 500.º”.

hoteleira e o turista, isto é, caso este se encontre, por hipótese, hospedado na mesma.

XXVIII. Uma situação de dúvida entre a aplicação do artigo 500.º ou do artigo 800.º é ainda a referida por Heck e retomada por Vaz Serra e Pedro Múrias: admita-se, como se verifica na Alemanha, que os proprietários de certos edifícios têm o dever de limpar todas as manhãs a neve gelada e escorregadia que se forma na zona fronteira aos mesmos e que um destes proprietários contrata X para realizar essa tarefa, do modo que entender preferível, até determinada hora. X, que costumava realizar tal serviço de forma diligente, em determinado dia não cumpriu, originando a queda de Y e consequentes danos na sua pessoa.

*Pergunta-se: deve o proprietário do edifício responder por estes danos?*

Nesta hipótese, não há dúvida de que o titular do dever é o proprietário do edifício, não existindo qualquer relação entre este e o terceiro Y, nem entre o auxiliar X e o terceiro Y. Por outro lado, os danos sofridos pelo terceiro são danos na integridade física, que constitui um direito absoluto.

Pelo § 278 BGB, a responsabilização do proprietário seria objetiva, ou seja, não obstante este poder não ter qualquer culpa, devido à provável situação de insolvência do empregado. Diferentemente, pelo § 831 BGB, o principal iria provavelmente ficar liberado, uma vez que teria atuado sem culpa. Nesta linha, Pedro Múrias considera que, independentemente de existir ou não entre o principal e o preposto uma relação de dependência e autoridade, o que choca é admitir a possibilidade de o proprietário *alijar* as suas responsabilidades, como que transmitindo para outrem o seu dever<sup>3808</sup>.

Devido à constatação de que inexistente uma relação prévia entre o lesado Y e o devedor / titular do dever, a solução alemã passa pela teoria dos *deveres de segurança no tráfego* – *Verkehrssicherungspflichten* – ou seja, a ideia de que, aquele que domina uma fonte de perigo e dela retira proveito, deve igualmente evitar

---

<sup>3808</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 178. Cf. também MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 234 e seguintes.

danos para terceiros<sup>3809</sup>. Por isso, trata-se de “*deveres extra-obrigacionais*”, mas em que existe a “*necessidade de sujeitar genericamente os onerados com deveres de segurança no tráfego ao disposto no art. 800.*”<sup>3810</sup>.

Não se infere da argumentação deste Autor se a inclusão no regime obrigacional é efetuada diretamente ou por via de analogia. Parece, porém, que envereda por uma interpretação extensiva<sup>3811</sup>. Contudo, será esta extensão necessária? Se o dever resultasse efetivamente da lei, o seu incumprimento originaria a responsabilidade obrigacional, donde, originando o seu incumprimento danos para outrem, seria de aplicar o art. 800.<sup>o</sup>.

XXIX. No segundo exemplo, é referida uma situação de cumprimento defeituoso da obrigação de informação: N é dono de uma obra perigosa para os transeuntes e confia a guarda da mesma a Q, a quem entrega um extenso relatório, mas ao qual acaba por faltar uma página devido a caso fortuito ou a incúria do empregado de N, em consequência do que R sofre um acidente. Q não responde por este dano, mas N deverá responder, como se o não cumprimento do dever de segurança fosse seu. O empregado não responde, já que não existe causalidade entre a perda da folha e o dano<sup>3812</sup>.

---

<sup>3809</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 178.

<sup>3810</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 179 e 182. O Autor sublinha que, não sendo assim, não seria possível responsabilizar o principal ao abrigo do artigo 500.<sup>o</sup>, porquanto estaria ausente a relação de subordinação e, principalmente, não se verificaria responsabilidade por parte do comissário, concluindo que se assim não fosse, a entrada do terceiro “*reverteria sem justificação em prejuízo dos beneficiários desse dever*”.

<sup>3811</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 185, concretizando que “*Há aqui um ‘devedor’ e, se não há um credor, é por se estender o artigo a casos em tudo idênticos, salvo quanto à inexistência de uma relação jurídica em sentido estrito*”.

<sup>3812</sup> MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, ob. cit., p. 236, considera que “*O exemplo foi elaborado para se poder demonstrar que, em mais um caso de «deveres de segurança no comércio jurídico», se torna necessário recorrer ao regime do art. 800.<sup>o</sup> (em conjugação com o do art. 492.<sup>o</sup> do CC) para conseguir responsabilizar o dono do negócio N pela actuação não culposa da empresa Q.*”. Porém, a Autora considera que aqui não há um mas sim dois auxiliares: a empresa Q e o empregado de N, que perdeu a página do relatório. Afirma, pelo contrário, que aqui se aplica o art. 492.<sup>o</sup>/2 do CC.

XXX. Em contrapartida, não parece ter relevância, em sede de diferenciação entre o artigo 500.º e o artigo 800.º, o fato de se tratar de uma obrigação de meios ou de resultado. Como refere Pedro Múrias, também responde pelos danos sofridos pelo paciente o médico contratado que se fez substituir por um colega, não obstante esta ser uma obrigação de meios<sup>3813</sup>.

XXXI. Pedro Múrias refere ainda um terceiro conjunto de situações: aquelas em que ocorra uma violação do dever geral de respeito – *neminem laedere*<sup>3814</sup>.

A hipótese avançada é a seguinte: A obriga-se a pintar a casa de B e contrata C para o ajudar, de forma a cumprir o prazo. C aparece embriagado ao serviço e estraga com tinta objetos valiosos do credor.

Não parece haver lugar para dúvidas de que A deve responder, nos termos do artigo 800.º, por se tratar de dano causado no cumprimento da obrigação. No entanto, não parece que seja assim por causa do contrato e do seu cumprimento, que proporciona a C a oportunidade de lesão dos interesses do credor. Como efeito, como salienta também Pedro Múrias, neste caso não se trataria tanto de violação do dever geral de respeito, como antes e propriamente de violação de *especiais deveres de proteção emanados do contrato*<sup>3815</sup>. Aliás, também Carneiro da Frada considera que, sendo violados deveres de proteção, será de aplicar o artigo 800.º, e não o artigo 500.<sup>3816</sup>

Já se C furtar um objeto ao credor, o dano não tem qualquer ligação à execução da obrigação, sendo causado *por ocasião* desta, traduzindo violação de um *neminem laedere*: aqui, no entanto, já verificámos que a doutrina discute quanto à solução a dar ao caso. Se não fosse o contrato, não teria o terceiro a oportunidade de praticar o fato, dado que foi a existência do contrato que proporcionou o contato com os bens jurídicos violados, tendo sido o devedor a

---

<sup>3813</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 181.

<sup>3814</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 186 e seguintes.

<sup>3815</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 186.

<sup>3816</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 189.

origem dessa oportunidade de lesar. Ainda assim, como já sustentámos anteriormente, parece-nos que, *se fosse o devedor a atuar*, a responsabilidade seria delitual, precisamente por se estar fora da esfera de proteção do contrato, donde a mesma solução deve ter o caso de o furto ser cometido pelo auxiliar.

XXXII. As dúvidas são, como se vê, muitas. Talvez por essa razão, verifica-se que, não raras vezes, os tribunais aplicam o regime da responsabilidade delitual por fato de outrem a casos que configuram, propriamente, um incumprimento obrigacional ou em que pelo menos se mostra duvidosa a qualificação.

Isso não acontece apenas em Portugal, mas também noutros países. Por exemplo, em Espanha, o STE, na sua decisão de 10.05.1984<sup>3817</sup>, aplicou os artigos 1902.º e 1903.º CCE a um caso de incumprimento do contrato de transporte.

Tratava-se da seguinte situação: uma empresa contratou a empresa de transportes Müller para realizar o transporte, desde a Alemanha até Palencia, de certa maquinaria. Por sua vez, a empresa Müller subcontratou o transporte à Transportadora Celes, sendo que a negligência do motorista desta empresa originou o acidente e a perda da maquinaria. A seguradora respondeu pelos danos e sub-rogou-se na posição do cliente, demandando ambas as empresas e o motorista negligente. De notar que, conforme provado nos autos, a subcontratação ocorreu sem que o cliente tivesse conhecimento.

O Tribunal entendeu que se estava diante de um contrato de transporte comercial, mas acrescentou que *“en la que por causas ajenas a su desarrollo normal surgió un accidente de circulación fuera de su marco legal, con daños para los efectos transportados”*.

No que concerne à responsabilidade, o STE considerou, sem fazer qualquer diferenciação, que os três demandados eram responsáveis ao abrigo dos artigos 1902.º e 1903.º CCE, ou seja, nos termos da responsabilidade extracontratual, tendo, inclusivamente, afirmado o seguinte: *“no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere*

---

<sup>3817</sup> Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

*necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, supuesto que en el caso debatido no se dio, en cuanto se trató simplemente de un accidente sobrevenido por una conducción defectuosa de un vehículo de motor al no observar el conductor las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba y el lugar en que el accidente ocurrió”.*

Segundo Jordano Fraga, que critica fuertemente este aresto, “Hay, por tanto, una contradicción insalvable entre la negación del TS de la existencia de responsabilidad contractual alguna, y la afirmación, por otro lado, de que el conductor de Celes cometió una imprudencia-negligencia o actuó con impericia, al no adecuar su conducción, al tipo de carga que llevaba y a las concretas circunstancias de la ruta”<sup>3818</sup>. O Autor critica ainda a consideração de que a primeira empresa respondia delitualmente, quando nem a segunda empresa, nem o motorista, podiam ser considerados seus comissários, considerando, ao invés, que esta primeira empresa deveria ter sido chamada a responder contratualmente, pela utilização de auxiliares<sup>3819</sup>. Com efeito, segundo o STE, apesar de o motorista da empresa subcontratada não estar dependente da empresa devedora principal, “es también hecho probado que esta entidad subcontrató el transporte desde Irún a Palencia sin contar con la anuencia de la entidad aseguradora (...), y que en esa subcontratación porteadora era tanto la comitente como la empresa comisionable, habiendo de responder de la negligencia de esta última frente a tercero perjudicado también la entidad comitente por afectarle una evidente culpa «in eligendo», que ha de disciplinarse a tenor de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo mil novecientos tres del Código Civil”.

No entanto, ao invés, não podemos concordar com Jordano Fraga, quando afirma que a diferença está na circunstância de na responsabilidade extracontratual não existir uma relação obrigacional prévia e específica entre o

---

<sup>3818</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, p. 189, ob. cit., nota 285 (continuação).

<sup>3819</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, p. 189, ob. cit., nota 285 (continuação).

principal e o lesado<sup>3820</sup>. Com efeito, essa relação obrigacional poderá existir e, ainda assim, a responsabilidade do principal ser a nível delitual e não contratual. Pense-se, por hipótese, que a obrigação consistia na instalação de uma máquina de lavar a loiça, que foi corretamente efetuada pelo funcionário da empresa devedora, mas que este praticou um fato ilícito e culposo contra o cliente, p.ex. bateu-lhe. A obrigação foi cumprida, mas haverá responsabilidade delitual.

XXXIII. Também na decisão de 1.3.1990<sup>3821</sup>, o STE analisou à luz do artigo 1903.º CCE um caso que pertencia ao âmbito obrigacional. Tratava-se da seguinte situação: uma paciente sofreu a rotura de uma prótese num dente, tendo-se dirigido à Clínica Janos, a fim de ser atendida de imediato e resolvido o problema. Foi atendida pelo Dr. Alejandro, que deu início a um tratamento, durante o qual uma das limas, com 1 ou 2 mm de comprimento, se quebrou, ficando dentro da zona afetada. O médico tentou retirar o objeto, sem sucesso, tendo por isso receitado à paciente um tratamento à base de antibióticos e anti-inflamatórios, sem que, em consultas posteriores, tenha levado a cabo outro tratamento. Devido às dores, a paciente foi a outra consulta, noutra clínica, na qual lhe foi de imediato extraído o dente em questão, no qual estaria presa o pedaço da lima.

A primeira instância havia absolvido, quer a clínica, quer o médico. No entanto, a Audiência Territorial de Madrid condenou o médico, e subsidiariamente, a proprietária da clínica, a indemnizar a paciente pelos danos sofridos em consequência do tratamento que lhe foi aplicado.

Ambos os demandados alegavam que não estava demonstrada a negligência por parte do médico. Contudo, o STE considerou que, o que ficara decidido era que um pedaço da lima ficara na boca da paciente durante o tratamento e que tal apenas podia decorrer de: 1) utilização de uma lima deteriorada ou em mau estado de conservação; 2) um uso defeituoso ou

---

<sup>3820</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 40.

<sup>3821</sup> Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.



incorreto da lima; 3) uma insuficiente anestesia da paciente, que poderia ter feito um movimento brusco durante o tratamento. Ora, de acordo com o STE, *“Cualquiera de las tres apuntadas hipótesis, únicas causas posibles de la rotura de la lima, son reveladoras de una conducta negligente por parte del facultativo”*.

Os demandados alegavam ainda que, tendo a sentença recorrida considerado existir *responsabilidade contratual por parte do médico*, não poderia a proprietária da clínica ser condenada pelo disposto no terceiro parágrafo do artigo 1903.º CCE, já que neste âmbito estar-se-ia no domínio extracontratual.

Contudo, o STE contrapôs que: *“en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual”*, acrescentando ainda que *“la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la Clínica Janos”*, pelo que, tendo sido esta a designar a nova consulta e o médico que ia atender aquela paciente, *“también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio”*.

Esta decisão levanta algumas perplexidades: com efeito, assumindo que se trata de responsabilidade contratual, o STE aplicou o artigo 1903.º CCE. Por outro lado, parece considerar que o contrato foi celebrado com o médico, e não com a clínica.

XXXIV. Um problema semelhante verificou-se no Acórdão do BGH de 22.9.1987<sup>3822</sup>, onde foi discutido o seguinte caso: uma paciente celebrou um contrato de prestação de serviços médicos com uma clínica estadual, com vista à realização de uma interrupção de gravidez e esterilização laparoscópica. A paciente (autora) instaurou ação de responsabilidade contra a clínica (1.ª ré), os médicos que a acompanharam (2.ºs réus) e o Estado (3.º réu), invocando que não foi devidamente informada. Na altura, a esterilização laparoscópica era realizada com recurso à energia monopolar, embora houvesse já hospitais onde a intervenção era efetuada com frequência bipolar, sendo que o primeiro método, utilizado na clínica em questão, tinha elevado risco de lesão dos

---

<sup>3822</sup> Disponível em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, Heft 12, pp. 763-765.

intestinos. Como a paciente acabou por sofrer uma lesão intestinal, considerou não ter sido suficientemente informada, pois que, se soubesse da existência de tratamento com energia bipolar noutros locais, ter-se-ia dirigido antes a estes.

A ação obteve provimento nas instâncias, mas o BGH modificou o sentido da decisão, considerando que, desde que a clínica providencie um tratamento que corresponde ao padrão médio tipicamente exigível, não é necessário esclarecer o doente de que o mesmo tratamento é possível noutros lugares, com melhores meios profissionais e/ou técnicos, e por isso com menores riscos de complicações<sup>3823</sup>. Com efeito, para o BGH:

- a) A requerente fora suficientemente esclarecida pelos 2.ºs réus acerca do procedimento e riscos dele decorrentes, contrariamente ao que entendeu o Tribunal de Berlim, para o qual os médicos não esclareceram a paciente sobre as alternativas e os muito menores riscos da intervenção com energia bipolar, devendo o Estado responder, por não elidir a presunção de culpa dos médicos e por culpa na organização;
- b) Embora o tribunal de 1.ª instância tivesse invalidado o consentimento da requerente, por falta de informação, o BGH considerou que, à data, estava-se ainda numa fase de transição, entre o recurso à energia monopolar e bipolar, embora esta já fosse recomendada;
- c) Por isso, embora nalguns locais já fosse utilizado o novo método, noutros ainda se recorria ao antigo;
- d) Não era assim exigível aos médicos uma informação espontânea sobre o fato de, noutras clínicas, já se recorrer ao novo método;
- e) Não se verificou, portanto uma violação do *contrato de internamento*;
- f) Em geral, o médico não precisa de esclarecer o doente, a menos que seja questionado, sobre os novos métodos de tratamento, desde que recorra a uma terapia que satisfaça o padrão médio médico.

Assim se vê que o BGH recusou o direito à indemnização, com fundamento na inexistência de um ato – neste caso, omissão – ilícita por parte

---

<sup>3823</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, Heft 12, p. 763.

dos médicos, por entender que o dever de informação foi cumprido<sup>3824</sup>. Nota-se, contudo, que apesar da menção da celebração de um contrato – *Krankenhausaufnahmevertrags* – o tribunal não retirou desse fato quaisquer circunstâncias, não fazendo, sequer, menção ao § 278 BGB, que aqui seria aplicável, caso houvesse violação do dever de informação. O BGH rejeitou o direito a indenização, não obstante admitir que a esterilização não era urgente, e que podia ter sido adiada, até que a clínica dispusesse do novo equipamento, que até já fora adquirido<sup>3825</sup>. Com efeito, na sua perspectiva, o tratamento com o método antigo era ainda justificável no meio médico, à data e o dever de esclarecimento sobre o novo método só existia caso fosse questionado pela requerente.

XXXV. Do mesmo modo, na jurisprudência italiana, não é raro encontrar decisões que aplicam o regime da responsabilidade extracontratual por fato de outrem a situações de natureza obrigacional. Num acórdão da Cassazione de 24 de maio de 1988<sup>3826</sup>, foi aplicado o disposto no artigo 2049.º CCI ao seguinte caso: uma empresa que explorava a atividade de equitação foi responsabilizada pelo ato de um empregado, que, ao ajudar um cliente a sair do cavalo, não conseguiu domá-lo e provocou um acidente. Com base no artigo 2049.º CCI, a *Cassazione* considerou que se prescindia de qualquer relação subordinada entre comitente e comissário, bastando que este último desempenhasse uma tarefa de que fora incumbido por aquele, ainda que a título temporário, especialmente em caso de atividades empresariais, como era a que estava em análise. Assim, decidiu que se estava diante de um ato de “*gestione di un maneggio, nel quale, dietro corrispettivo, i clienti utilizzavano, per cavalcare in quel recinto, i cavalli che venivano messi a loro disposizione*”.

---

<sup>3824</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, Heft 12, pp. 764 e 765. Na perspectiva do BGH, sendo o paciente um leigo, basta um esclarecimento geral, que lhe permita preservar o seu direito à auto-determinação na concessão do consentimento. A situação seria diferente se o novo tratamento já tivesse substituído totalmente o anterior.

<sup>3825</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, Heft 12, p. 765.

<sup>3826</sup> *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIII, Ano 1960, pp. 99-102.

Neste caso, parece claro que se estava diante do incumprimento de uma obrigação: o cliente celebra um contrato com a empresa, nos termos do qual pode utilizar os cavalos que esta coloca à sua disposição, havendo funcionários que tem o dever de atuar por conta da empresa, domando o cavalo no momento da saída do cliente. O incumprimento de tal obrigação originaria, assim, responsabilidade contratual.

XXXVI. O mesmo problema encontramos na jurisprudência francesa, com a aplicação dos artigos 1382.º e 1384.º CCF a casos de responsabilidade negocial. Por exemplo, este último artigo foi aplicado com vista a responsabilizar o proprietário de um hotel pelo abuso de confiança cometido por um empregado, ao qual um viajante confiou uma soma de dinheiro, na crença, errônea, de ele estar qualificado para tal ato<sup>3827</sup>. Assim, com André Brun, podemos afirmar que *“L'article 1382 du Code Civil (...) est apparu aux tribunaux, par sa souplesse extrême, susceptible de régler les situations contractuelles les plus diverses. On l'invoque constamment à tout propos et hors de propos, sans se soucier de la légitimité de son application”*<sup>3828</sup>.

Igualmente, a *Cour de Cassation* considerou aplicável o artigo 1382.º CCF, para responsabilizar o hoteleiro pelos danos ocorridos, durante a noite, a um dos seus hóspedes<sup>3829</sup>.

O Tribunal de Paris condenou um diretor de uma instituição escolar por não ter cumprido o seu dever de informação aos pais de um dos seus alunos, de que este padecia de uma doença contagiosa, com base no artigo 1382.º CCF<sup>3830</sup>.

XXXVII. A questão dos deveres de segurança coloca-se também a respeito de outros contratos, sendo relevante assinalar a decisão da *Cour de Rouen*, de 4 de junho de 1910, em que o locador foi condenado a indemnizar o locatário pelo fato de este ter contraído febre tifóide, depois de ter bebido a

---

<sup>3827</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 249.

<sup>3828</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 187.

<sup>3829</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 211.

<sup>3830</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 212.

água de um poço que se encontrava no imóvel arrendado, considerando tratar-se de responsabilidade contratual<sup>3831</sup>.

XXXVIII. A *Cour de Dijon* considerou existir cúmulo de responsabilidades, delitual e contratual no seguinte caso julgado em 18 de março de 1903: o médico de um hospital deixou o paciente, vários dias, sem o examinar, agravando o seu estado. A comissão de administração do hospital foi condenada, por se entender haver incumprido o seu dever de vigilância, mas com aplicação do artigo 1384.º CCF, na qualidade de comitente do médico<sup>3832</sup>.

XXXIX. A questão foi então objeto de acesa discussão em França, onde o acórdão da *Cassation* de 20 de maio de 1936 concluiu pela natureza contratual desta responsabilidade. O caso era o seguinte: a senhora Mercier padecia de uma infeção nasal e solicitou os cuidados do médico Nicolas, radiólogo, o qual a sujeitou a um tratamento por raios X, na sequência do qual a paciente ficou com uma dermatite mucosa na fase, que seria imputável a negligência do operador da máquina. A lesada intentou ação com vista à efetivação de responsabilidade civil, pedindo uma indemnização no valor de 200.000 francos. A ação foi instaurada três anos após o fato, suscitando-se a questão da aplicabilidade do prazo de prescrição de três anos previsto no *Code d'instruction criminelle*. Argumentou-se que a ação não resultava dos danos causados por delito do operador, mas do contrato concluído anteriormente entre este e os seus clientes, que impunha ao médico a obrigação de dar assistência e prestar os esclarecimentos devidos, com a necessária prudência.

Segundo a *Cassation*, entre o médico e o seu cliente forma-se uma verdadeiro contrato, que importa, para o prestador, uma verdadeira obrigação, desde logo de combater a doença, assumindo o dever de *prudência e de*

---

<sup>3831</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 214.

<sup>3832</sup> ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, ob. cit., p. 286, criticando ainda o Tribunal por, depois de ter aplicado o regime da responsabilidade delitual, haver examinado as causas obrigacionais de exclusão da responsabilidade, misturando ainda mais os dois regimes.

*diligência*<sup>3833</sup>. Donde a violação, ainda que “involuntária” (?), desta obrigação contratual deve ser sancionada com uma responsabilidade de igual natureza, ou seja, contratual, não se aplicando assim aquele prazo prescricional de três anos.

XL. Por sua vez, em Portugal, a responsabilidade do hospital e do médico tem vindo a ser objeto de minuciosa análise na doutrina e na jurisprudência<sup>3834</sup>.

Em princípio, trata-se de *responsabilidade obrigacional*<sup>3835</sup>, atenta a celebração de um contrato de prestação de serviço, atípico, entre o paciente e o hospital ou o próprio médico<sup>3836</sup>. Sempre que o contrato seja celebrado com o hospital ou clínica, a responsabilidade do prestador do serviço é obrigacional, podendo ser objetiva, em relação ao pessoal que utiliza para o cumprimento da sua obrigação, nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do CC. Para tal, é irrelevante o vínculo existente entre o hospital e o médico, que tanto pode ser um contrato de

---

<sup>3833</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra editora, 2008, p. 60, considera que esta afirmação “importa uma diminuição do relevo da afirmação da existência de um contrato entre o profissional e o doente, já que aproxima o regime da responsabilidade contratual do da responsabilidade aquiliana”.

<sup>3834</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, em AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, LEX, 1991, p. 123-131. Cf, também GUILHERME FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, N.º 3815, pp. 33-34 e *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, N.º 3816, pp. 72-73; J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, em *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972, pp. 327-355; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde*, ob. cit., pp. 570 e seguintes.

<sup>3835</sup> No Acórdão do STJ de 04.07.1973, disponível no *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 229, Outubro de 1973, pp. 231 a 232, assinalou-se a relevância de determinar a natureza obrigacional ou delitual da responsabilidade do médico, designadamente para efeitos de ónus da prova. Não obstante, neste caso, considerou-se que não deveria ser responsabilizado o médico estomatologista que aplicou localmente um determinado tratamento, que veio a causar danos ao paciente, não se tendo conseguido provar a causa de tais danos, por estar em causa um “tratamento corrente”, que não poderia, por essa razão, ser considerado temerário ou que exigisse pré-aviso ao doente.

<sup>3836</sup> Neste sentido, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 462. Sendo celebrado com o médico, é frequente designar este contrato por *contrato de prestação de serviços médicos*.

trabalho, como uma prestação de serviço, já que o nexo de subordinação jurídica não é pressuposto do artigo 800.º, n.º 1, do CC<sup>3837 3838</sup>.

O incumprimento do contrato celebrado, quer com o médico, quer com o hospital ou clínica, dá origem a responsabilidade obrigacional. Todavia, quando os danos atinjam direitos absolutos, como será habitual – direito à vida ou à integridade física – o autor poderá ser igualmente constituído em responsabilidade extra-obrigacional<sup>3839</sup>.

A dúvida acerca da natureza obrigacional ou extra-obrigacional da responsabilidade do hospital ou do médico advém, desde logo, do tipo de danos ocasionados no paciente, na medida em que se tratará de danos na sua pessoa, quer na própria vida, quer na integridade física. Para além disso, a conceção romana de responsabilidade afastava-se da tese contratual devido ao fato de se tratar de uma atividade intelectual, insuscetível de transação.

XLI. No acórdão do STJ de 4 de março de 2008<sup>3840</sup>, foi analisado o seguinte caso: o paciente, autor, solicitou ao réu, médico anatomopatologista, a realização de um exame médico da sua especialidade, tendo pago um preço por tal serviço. Os resultados do exame médico<sup>3841</sup> não foram corretamente realizados pelo médico, ou seja, provou-se ter havido erro médico na realização do relatório, o que levou a que o doente fosse submetido a uma intervenção cirúrgica, que teve graves efeitos para a sua saúde e qualidade de vida. O STJ, após definir o *ato médico* como “*acto executado por um profissional de saúde que consiste numa avaliação diagnóstica, prognóstica ou de prescrição e execução de medidas terapêuticas*”, concluiu existir erro médico, devido à conclusão, pelo

---

<sup>3837</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 463.

<sup>3838</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 78.

<sup>3839</sup> Neste sentido, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 329. Na p. 331, sustenta a possibilidade de o lesado optar entre uma ou outra formas de responsabilidade.

<sup>3840</sup> Acórdão de 04.03.2008 (Processo n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>3841</sup> Tratava-se de uma biópsia, tendo o médico concluído pela existência de indícios de cancro maligno, o que, afinal, veio a concluir-se não ser verdade.

médico, de uma doença maligna, o que não se verificava. A este contrato, o Tribunal considerou aplicável o artigo 1154.º do CC, bem como a presunção de culpa, constante do n.º 1 do artigo 799.º. Considerou ainda tratar-se de uma obrigação de resultado, uma vez que o médico se encontrava obrigado a *“determinar, com rigor, se o material biológico que se comprometeu analisar tinha ou não células cancerígenas”*.

LII. A questão é ainda debatida no âmbito do contrato de empreitada, No Acórdão de 12.06.2003<sup>3842</sup>, em que estava igualmente em causa os danos causados num prédio vizinho em consequência de obras, afirmou o STJ:

*“A violação com culpa, por ele, dos referidos direitos da titularidade de terceiro, designadamente os absolutos de propriedade ou de personalidade dos proprietários de prédios contíguos daquele onde a obra é executada implica a sua responsabilidade extracontratual.*

*A obrigação de indemnizar do empreiteiro, in natura, ou por substituição pecuniária, visa a colocação da situação do lesado naquela que estaria se não tivesse ocorrido o dano, respondendo objectivamente pelos actos das pessoas que utiliza na execução dos trabalhos, designadamente empregados ou subempreiteiros (artigo 800º, nº. 1, do Código Civil).”*

Por conseguinte, não obstante enquadrar, a nosso ver corretamente, este tipo de responsabilidade em termos extracontratuais, declarou aplicável o artigo 800.º... Ainda, após invocar o artigo 128.º do Regulamento das Edificações Urbanas, declarou:

*“Decorrentemente, tendo em conta as considerações de ordem jurídica acima enunciadas, praticaram, através dos seus representantes e agentes, um fato ilícito e culposo gerador dos danos em causa e, consequentemente, constituíram-se na obrigação de indemnizar a recorrida em espécie ou por via de substituição por equivalente pecuniário, no quadro da responsabilidade civil extracontratual (artigos 157º, 165º, 483º, nº. 1, 562º, 563º, 800º, nº. 1, 500º, nº.s 1 e 2, do Código Civil e 6º, nº. 5, do Código das Sociedades Comerciais).”*

---

<sup>3842</sup> Processo n.º 03B1813, Relator Salvador da Costa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Trata-se de uma miscelânea de imputações obrigacionais e extraobrigacionais, sem que se perceba, afinal, qual a natureza da responsabilidade em causa.

XLIII. Em sentido divergente, mas bem, parece ter decidido o STJ no Acórdão de 31.01.2007<sup>3843</sup>:

*“No contexto da responsabilidade extracontratual, não cabe a responsabilização da R. com fundamento no art. 800.º do CC, norma que se insere na responsabilidade contratual.”*

Mais acrescentou:

*“Assim, o empreiteiro não é responsável pelos danos causados na casa do A. pelo subempreiteiro ou empregados seus, no desmonte de uma rocha com explosivos, levado a efeito num prédio vizinho, a menos que o dono da obra também seja demandado, pois, em tal caso, o empreiteiro responderá por força do disposto no art. 800.º citado.”*

Aqui parecia haver apenas responsabilidade extracontratual. O Tribunal rejeita a aplicação do artigo 500.º do CC, não obstante haver demonstrado que naquele caso o empreiteiro contratara o subempreiteiro para a realização da obra:

*“Quer da análise levada a cabo pelas instâncias, quer da matéria de fato, não resulta que a R. seja comitente em relação à sub empreiteira que encarregou de efectuar as obras, pelo que, no caso, não cabe analisar os fatos nessa vertente.”*

Pelo que interessa ao presente estudo, afigura-se que a não aplicação do artigo 800.º assentou numa justificação correta:

*“A norma em causa já poderia ser aplicável para responsabilização da R. se tivesse sido demandada a R..., dona do terreno onde foram feitas as escavações, porque, em face do contrato de empreitada, já funcionaria a ratio do preceito que é a de tutelar o crédito na moderna organização económica: ao assumir a empreitada, a R., como devedora do credor – que é*

---

<sup>3843</sup> Processo n.º 06B4762, Relator Custódio Montes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*a dona do terreno e da obra – tem de responder pelos meios empregues, respondendo perante o credor como se fosse ela a cumprir pessoalmente.”*

A interpretação teleológica, baseada na *ratio* da norma, afigura-se determinante para a solução a dar ao caso<sup>3844</sup>.

XLIV. Outro caso foi o decidido no Acórdão do STJ de 14 de janeiro de 1997 (Relator Torres Paulo)<sup>3845</sup>.

O autor encontrava-se num ginásio a fazer exercício e a máquina de musculação onde estava a exercitar-se projetou-o contra o chão, por não estar presa ao solo, ficando com lesões no corpo. O Tribunal considerou que o contrato deveria ser cumprido de boa fé<sup>3846</sup>, o que justificava o dever de proteção da contraparte.

Neste caso, Nuno Oliveira parece considerar que não havia nem responsabilidade obrigacional, nem delitual, devendo antes recorrer-se a uma *terceira via*<sup>3847</sup>. O Autor critica a *analogia estrutural entre deveres de proteção e deveres obrigacionais*, porque daí resulta um agravamento da responsabilidade para o agente, já que levaria à aplicação da presunção de culpa do art. 799.º e ao regime mais gravoso do art. 800.º<sup>3848</sup>. Em contrapartida, sustenta a *analogia*

---

<sup>3844</sup> Sobre a necessidade de um controlo teleológico do sistema, cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 187.

<sup>3845</sup> Sumário disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/64a6f2fc0c47ffed802568fc003b5491?OpenDocument>.

<sup>3846</sup> Neste sentido, veja-se igualmente o Acórdão do TC n.º 683/06 (Processo n.º 655/03), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060683.html>. De acordo com este aresto, os princípios da confiança, boa fé e da igualdade encontram-se constitucionalmente consagrados. Nesse sentido, de acordo com o TC: “o que todos os participantes num qualquer processo de privatização têm, em primeiro lugar, o direito de esperar – e é conforme aos princípios da boa fé e da protecção da confiança que esperem – é que o seu investimento seja fiável, não no sentido de se não poder vir a depreciar futuramente, mas no sentido de não se depreciar ou degradar por razões conhecidas, ou cognoscíveis, já antes da venda. Se os adquirentes de acções adquirem com um risco, o que podem exigir é que esse risco seja adequadamente avaliado à data da alienação.”, mais tendo acrescentado: “O que todos os participantes num qualquer processo de privatização têm, em segundo lugar, o direito de esperar – e é conforme aos princípios da boa fé e da protecção da confiança que esperem – é que, salvo razões ponderosas, no que dependa do Estado (legislador e accionista), sejam tratados de forma idêntica.”.

<sup>3847</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, ob. cit., p. 512.

<sup>3848</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, ob. cit., p. 513.

funcional entre deveres de proteção e deveres extraobrigacionais. Mas esta analogia poderá fundamentar a aplicação de certas regras, como o art. 498.º do CC, mas não todo o regime delitual<sup>3849</sup>.

XLV. Vejamos um pouco mais em pormenor o caso da responsabilidade médica. No caso da prestação de serviço médico, a pessoa do paciente é, diretamente, o objeto de tutela visado pelo próprio contrato, não parecendo haver na atualidade dúvidas quanto à *natureza obrigacional* da correspondente responsabilidade<sup>3850 3851</sup>. Dizemos na atualidade uma vez que, como a doutrina assinala, esta responsabilidade começou por ser reconduzida ao delito<sup>3852</sup>.

---

<sup>3849</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, ob. cit., pp. 522 e 523.

<sup>3850</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 464. A favor da tese contratual, cf. ainda RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, ob. cit., p. 59, acrescentando, posteriormente, que se trata de contrato sinalagmático (p. 70) e de um contrato civil de consumo (p. 71). Contudo, a páginas 62, a Autora considera que a responsabilidade será já delitual nos casos em que o contrato enferme de nulidade, posição que se afigura discutível. E, a páginas 110, mostra algumas reticências, ao afirmar que nalguns casos há “*dificuldade em distinguir o interesse contratual do doente-credor do interesse geral de não sofrer danos*”, havendo por isso “*uma grande proximidade entre o incumprimento da obrigação (de meios) assumida pelo médico-devedor e a violação de um direito subjectivo absoluto (vida, integridade física, ...) do doente por aquele profissional*”. Concluindo, a páginas 113, que “*não só o comportamento lesivo de um médico funda, em princípio simultaneamente uma responsabilidade de natureza contratual e extracontratual, como existe uma unidade da ilicitude na actividade médica*”.

<sup>3851</sup> Porém, no caso decidido pelo STJ no seu Acórdão de 18.09.2007 (Processo n.º 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), o Tribunal pareceu aceitar apenas a qualificação da responsabilidade do médico como obrigacional devido à ausência de litígio entre as partes quanto a esta questão. Na situação apreciada, a Autora beneficiava dos serviços médicos da PSP, na qual o médico trabalhava, tendo sido contratado por aquela para acompanhar a sua gravidez. De acordo com o STJ, uma vez que os recorrentes não questionavam a qualificação da relação como um “*contrato de prestação de serviços médico-cirúrgicos*”, não havia que tratar essa questão. Neste acórdão, entendeu-se inexistir responsabilidade obrigacional do médico, por não estar demonstrado que este cumprira defeituosamente a sua prestação.

<sup>3852</sup> Sobre o tema, cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 80 e seguintes. O Autor sublinha que a afirmação da responsabilidade obrigacional teve de superar algumas dificuldades, destacando as seguintes: (a) o fato de os direitos e deveres dos médicos resultarem apenas da lei e de normas deontológicas; (b) o fato de a vida e a saúde humanas não poderem ser objeto de negócios; (c) as atuações não podem ser objeto de relações jurídicas, por representarem a expressão máxima da liberdade daquele que as exerce; (d) o exercício das profissões liberais é gratuito por natureza, pelo que os honorários existiriam apenas, originariamente, como agradecimento e não como pagamento. Cf. também: JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, em *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Coordenação de Maria Paula

Ora, nas palavras de Romano Martinez, “Só é de admitir o recurso à responsabilidade delitual quando a prestação efectuada veio a causar danos em bens que constituíam o património do credor, sem dependência daquele contrato”<sup>3853</sup>. Não basta, pois, acrescentamos, que estejam em causa danos ocorridos por ocasião do contrato.

A fonte da responsabilidade poderá, assim, ser:

- a) O contrato de prestação de serviço<sup>3854 3855</sup>;
- b) Um negócio unilateral<sup>3856</sup>;
- c) Uma atuação em gestão de negócios<sup>3857 3858</sup>.

O contrato de prestação de serviço médico será aquele que integra, pelo menos, a prática de um “acto médico”, o qual se caracteriza por<sup>3859</sup>:

---

Ribeiro de Faria e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Porto, Universidade do Porto, 2009, pp. 201 e seguintes. Em especial, as pp. 206 e seguintes, onde analisa o Acórdão do STJ de 4 de abril de 1995, em que uma mulher diabética se diriu a uma casa de saúde, com uma entorse num pé, por indicação do seu médico de saúde, a fim de ser tratada com fisioterapia, ultrasons e calor húmido. Depois de algumas sessões, apareceu no pé da paciente uma espécie de bolha, e, consultado o auxiliar de enfermagem, este admitiu que poderia resultar do tratamento ou do sapato apertado. Após sofrer uma queimadura, a paciente dirigiu-se a outro local, onde foi tratada, mas ainda assim ficou com um pé deformado e passou a precisar de uma bengala, tendo o tribunal concluído que não fora feita a prova da culpa do centro que inicialmente efetuou o tratamento. O Autor sublinha, a p. 208, que “o dever de informar de um paciente sobre os efeitos de uma sua doença num tratamento (que pressupõe necessariamente conhecimentos técnicos) sobreleve o dever por parte do pessoal por definição especializado e competente de estar atento e colher de motu proprio a informação que pode desvirtuar ou comprometer a natureza da intervenção que se leva a cabo”. Veja-se ainda, com interesse, HENRI ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Bruxelas, Maison Ferdinand Larcier Editeurs, 1974, pp. 41 e seguintes, onde analisa a questão a respeito do artigo 1384.º do CCF. Pronunciando-se sobre a existência de concurso de responsabilidades, veja-se ainda a p. 48. Cf., ainda JANINE AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en Droit Médical*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, pp. 43 e seguintes.

<sup>3853</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, ob. cit., p. 240.

<sup>3854</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, ob. cit., p. 60, considera que se trata de um “negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar, ao segundo, assistência médica, mediante retribuição”.

<sup>3855</sup> O contrato de prestação de serviço médico encontrava-se consagrado no artigo 1409.º do Código de Seabra, ainda que este preceito se referisse apenas ao cálculo dos vencimentos.

<sup>3856</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 465, onde exemplifica o caso de o hospital emitir uma promessa pública, nos termos do artigo 459.º CC.

<sup>3857</sup> Caso em que será ainda de aplicar o regime da responsabilidade obrigacional. Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, ob. cit., p. 63.

<sup>3858</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 338, sublinha que, nesta hipótese, a culpa é apreciada em concreto, podendo levar a resultados diversos daqueles a que se chega no âmbito da responsabilidade contratual e extracontratual.

- a) Relação pessoal: ato executado por um médico numa pessoa;
- b) Objeto: tratamento ou prestação de cuidados de saúde<sup>3860</sup>;
- c) Fim: promoção ou restituição da saúde, suavização dos sofrimentos e salvação ou prolongamento da vida.

Este contrato pode ser celebrado entre<sup>3861</sup>:

- a) Um médico e um doente, sendo neste caso um “contrato socialmente típico inserido na categoria ampla dos contratos de prestação de serviço (artº 1154), sendo ainda um contrato civil, celebrado *intuitu personae* e um contrato de consumo<sup>3862 3863</sup>;
- b) Uma clínica e um doente;

Relativamente à qualificação como *contrato de consumo*<sup>3864</sup>, há que salientar que está em causa a prestação de um serviço que visa satisfazer necessidades pessoais ou privadas<sup>3865</sup>. Importa no entanto referir que é discutível a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor<sup>3866</sup>, porquanto o artigo

---

<sup>3859</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 84.

<sup>3860</sup> JANINE AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en Droit Médical*, ob. cit., p. 52, salienta que pode estar em causa uma atividade médica, entendendo-se como tal “*tout acte que personne ne songerait à accomplir au profit d'un individu bien portant et qui a un but curatif direct et également tout acte de nature à révéler ou à prévenir un état pathologique.*”.

<sup>3861</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., pp. 85 e seguintes. Cf. também ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAS, *A responsabilidade civil do médico*, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, 1.º Volume, 1978, pp. 335 e seguintes.

<sup>3862</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., pp. 87 e 89.

<sup>3863</sup> Neste sentido, cf. também ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Policopiado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 357: “Regra geral, o paciente pode ser considerado como um consumidor de serviços médicos. No contrato de prestação de serviços, o doente é um leigo que se apresenta perante um profissional, o médico, merecendo a proteção das normas de proteção dos consumidores.”.

<sup>3864</sup> Acerca do contrato de consumo, cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo. Caracterização, fundamentação e regime jurídico*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 347, Junho de 1985, pp. 11-38. O Autor assinala que o conceito de consumidor depende da verificação de três elementos: (i) elemento subjetivo (uma pessoa), (ii) elemento teleológico (a utilização final, privada ou pessoal de um bem ou serviço) e (iii) elemento relacional (o fornecimento por uma empresa ou profissional). Sobre a lei aplicável, cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução*, ob. cit., pp. 437 e seguintes.

<sup>3865</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo. Caracterização, fundamentação e regime jurídico*, ob. cit., p. 15.

<sup>3866</sup> Sobre o tema, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 505 e seguintes.

23.º parece estabelecer aqui um regime de privilégio<sup>3867</sup>. Para André Dias Pereira, sendo esta uma norma excecional, deve ser feita uma “*interpretação adaptativa*”, considerando que “*apenas fica excluído deste diploma o regime da responsabilidade que se imporá ao profissional liberal pelo incumprimento dos seus deveres*”<sup>3868</sup>.

Em consequência desta qualificação, o paciente beneficia dos principais direitos atribuídos ao consumidor<sup>3869</sup>:

- a) Direito à proteção da saúde e da segurança;
- b) Direito à qualidade dos bens ou serviços;
- c) Direito à proteção dos interesses económicos;
- d) Direito à prevenção e à reparação de prejuízos;
- e) Direito à formação e à educação para o consumo;
- f) Direito à informação para o consumo;
- g) Direito à representação e consulta;
- h) Direito à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta.

A violação destes deveres, ainda que com efeitos na pessoa do paciente, deverá em princípio dar lugar à aplicação da responsabilidade obrigacional e, sendo caso disso, o art. 800.º/1 do CC, sendo que aqui se inclui a

---

<sup>3867</sup> Assim, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, ob. cit., p. 358.

<sup>3868</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, ob. cit., p. 359.

<sup>3869</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, ob. cit., p. 360. Cf. também, em relação ao estatuto mais vulnerável do consumidor, GUILHERME DRAY, *Breves notas sobre o ideal de justiça contractual e a tutela do contraente mais débil*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, p. 81 e pp. 86 e seguintes; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito administrativo dos consumidores*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume VI, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 11 e seguintes. Sobre a matéria noutros domínios, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito industrial e consumidor*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 193 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil e Direito do consumidor*, em *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, N.º 53, pp. 9 e seguintes. Para uma perspetiva dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais, cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O estatuto constitucional dos consumidores*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Volume I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 479 e seguintes.

responsabilidade tanto pela atuação de pessoas com conhecimentos médicos, como de outros auxiliares<sup>3870</sup>.

XLVI. O contrato pode ser celebrado pelo próprio médico, ou, tratando-se de clínica ou hospital, por intermédio de “*intervenção representativa*”, isto é, através dos empregados destas entidades, que dispõem de poderes representativos para as vicular, os quais “*podem ser atribuídos através de declaração não escrita, incluindo declaração tácita*”<sup>3871</sup>.

Em regra, o dano resulta de uma situação de cumprimento defeituoso<sup>3872</sup>, sendo aplicável a presunção de culpa constante do n.º 1 do artigo 799.º do CC<sup>3873 3874</sup> e o artigo 800.º, n.º 1, do CC<sup>3875</sup>.

Para Romano Martinez, a presunção de culpa é sempre aplicada, independentemente de se tratar de uma obrigação de meios ou de resultado<sup>3876</sup>,

---

<sup>3870</sup> Neste sentido, JANINE AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en Droit Médical*, ob. cit., p. 77, salientando que pode estar em causa a atuação de um estagiário, um enfermeiro, bem como de pessoas sem qualquer habilitação para tratar outros.

<sup>3871</sup> A expressão é de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 103. Aceitando expressamente que o contrato seja celebrado diretamente com o médico, sendo este responsável pelo fato dos seus auxiliares, cf. JANINE AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en Droit Médical*, ob. cit., p. 43.

<sup>3872</sup> Neste sentido, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 472.

<sup>3873</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 474, aventa a possibilidade da aplicação da presunção de culpa constante do n.º 2 do artigo 493.º do CC à responsabilidade extra-obrigacional.

<sup>3874</sup> Em sentido diverso, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, ob. cit., p. 137, depois de afirmar que a “*presunção de culpa do devedor justifica-se plenamente na generalidade das obrigações contratuais*”, considera que “*essa mesma presunção de culpa do devedor não se justifica na área da responsabilidade médica*”, invocando como argumentos os seguintes: (a) a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, no âmbito da responsabilidade profissional daquele, nenhum dever específico aos deveres que sobre ele já impendem; (b) a posição do médico não deve ser sobrecarregada com a repartição do ónus da prova. Por isso, conclui: “*o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual. Apesar do concurso entre a responsabilidade contratual e extracontratual, o ónus da prova da culpa do médico determina-se exclusivamente pelo regime daquela responsabilidade delitual, pelo que este último absorve a inversão característica da responsabilidade contratual*”. O Autor admite, porém, que nalguns casos seja aplicado o n.º 2 do artigo 493.º do CC.

<sup>3875</sup> Questiona-se, no entanto, se o empregador responde pela prestação de serviço do médico do trabalho. Sobre o tema, JANINE AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en Droit Médical*, ob. cit., pp. 143 e seguintes, considerando que o médico não é proposto da empresa para a qual trabalha, concluindo que esta empresa não responde, nem a título delitual, nem contratual (p. 149).

já que, “Tendo em conta a boa fé, o devedor prossegue sempre um resultado, que pode não ser conseguido por causa externa, fato de terceiro (p.ex., deficiência do aparelho utilizado imputável ao fornecedor), etc.”<sup>3877 3878 3879</sup>.

O ónus da prova de que se verificou algum fato que afasta a presunção de culpa compete ao médico, podendo este invocar que o dano foi devido a deficiência dos instrumentos, culpa do doente, caso de força maior, etc. Contudo, muitas vezes, não é possível delinear, com clareza, o nexos de ilicitude da conduta, dificultando a imputação do dano<sup>3880</sup>. Ainda assim, deve entender-se, com Sinde Monteiro, que a conduta é ilícita “quando o lesante, através da violação de uma lei da arte, eleva o risco do dano”<sup>3881</sup>.

Segundo Romano Martinez, o hospital assume uma “responsabilidade substitutiva” da responsabilidade do médico, em termos obrigacionais, de acordo com o artigo 800.º do CC<sup>3882</sup>. Isto, sem prejuízo de poder igualmente responder como comitente, pelo artigo 500.º do CC, quando esteja em causa um ato ilícito, que dê origem a responsabilidade extra-obrigacional<sup>3883</sup>.

---

<sup>3876</sup> No entanto, parece pronunciar-se em sentido diferente MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 39\*.

<sup>3877</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., pp. 476 e 477.

<sup>3878</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 1039, considera que ha três espécies de obrigações: a) obrigações de meios; b) obrigações de resultado; c) obrigações de garantia, nas quais o devedor “assume o risco da não verificação do efeito pretendido”, pelo que “responde haja o que houver”.

<sup>3879</sup> Com efeito, como assinala CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 110, a classificação, de origem francesa, que diferencia as obrigações de meios em relação às obrigações de resultado surgiu para solucionar um problema inexistente no Código Civil Português, ou seja, para resolver a contradição existente entre o teor dos artigos 1137.º e 1147.º do CCF, relativos ao ónus da prova da responsabilidade civil contratual.

<sup>3880</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Aspectos particulares da responsabilidade médica*, em AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, LEX, 1991, p. 149, avançando o seguinte exemplo: “um médico, contra as *leges artis*, dá a um doente uma injeção contra-indicada, sem que possa ser esclarecido se a morte é de atribuir à injeção ou a uma falha do coração verificada independentemente daquela”. Sobre o tema, cf. ainda JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, em *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Coordenação de Maria Paula Ribeiro de Faria e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Porto, Universidade do Porto, 2009, pp. 201 e seguintes.

<sup>3881</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Aspectos particulares da responsabilidade médica*, ob. cit., p. 150.

<sup>3882</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 483.

<sup>3883</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 483.



XLVII. Assim, o hospital ou a clínica que celebram o contrato de prestação de serviço médico incorrem em responsabilidade objetiva, respondendo pelos atos praticados pelas pessoas que utilizem para o cumprimento das suas obrigações<sup>3884</sup>, incluindo o médico que tenha atuado em execução de um ato médico integrado naquele contrato<sup>3885</sup>, bem como pelos atos de enfermeiros ou quaisquer outros colegas<sup>3886</sup>. O médico apresenta-se como um auxiliar do devedor, assim como outros profissionais, de que são exemplo os enfermeiros, técnicos, pessoal não médico, etc.<sup>3887</sup>. Estes auxiliares apenas podem ser diretamente responsabilizados pelo paciente no caso de cometerem um delito, ou seja, a nível extracontratual<sup>3888</sup>, de forma direta.

Note-se que existe aqui uma responsabilização do estabelecimento pela falha dos seus auxiliares<sup>3889</sup>, em termos similares à ideia de *faute du servisse*, ou seja, uma culpa do serviço, “quando não fosse possível provar a autoria do dano anónimo por um ou mais agentes”<sup>3890</sup>. Isto porque, como já referimos, não se mostra necessário demonstrar exatamente qual o auxiliar que causou o dano.

---

<sup>3884</sup> Que incluem tanto a obrigação principal propriamente dita, como atos de preparação ou posteriores, de que é exemplo a vigilância pós-operatória.

<sup>3885</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., pp. 88 e 90, salientando que “A qualificação técnico-jurídica como «auxiliares do cumprimento» em nada afecta a independência técnico-profissional própria do exercício da medicina”.

<sup>3886</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 339.

<sup>3887</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, ob. cit., p. 66.

<sup>3888</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 93, assinalando que, neste caso, o médico não se obriga diretamente perante o cliente através de nenhum contrato.

<sup>3889</sup> A falha pode assumir múltiplas facetas. Assim, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., pp. 333 e 334, refere como exemplos de violação do dever de diligência os seguintes: o médico que, perante uma ferida extensa e profunda, não receita uma vacina anti-tetânica; o esquecimento de compressas ou instrumentos cirúrgicos no corpo do doente; o médico que efetua uma cirurgia estética sem conhecimentos particulares de reanimação; o médico que foi chamado para assistir um ferido com uma facada na perna e que ordena que este seja levado de ambulância ao seu consultório, sem primeiro se inteirar do perigo; o chefe de serviços de um hospital que deixa o laboratório num estado de desorganização grave. O Autor salienta, todavia, a dificuldade de apreciação judicial do erro de diagnóstico ou na terapêutica. No que respeita às experiências científicas, considera que as mesmas “só se justificam quando existe vantagem para o doente e este, suficientemente esclarecido, dê o seu consentimento”.

<sup>3890</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 153, embora a afirmação seja feita em relação aos estabelecimentos de saúde públicos.

XLVIII. Por seu turno, quando o contrato seja celebrado com o próprio médico, o qual recorre depois a uma equipa para a prestação dos cuidados a que se vinculou, é aquele responsável pela atuação destes, nos termos do artigo 800.<sup>3891 3892</sup>.

Além disso, o médico também responde pelos atos do seu substituto: p.ex. quando solicita a um colega que exerça as suas funções durante as férias ou em relação a qualquer outro impedimento. Se o doente já estava a ser acompanhado pelo médico substituído, entende-se que o médico substituto é auxiliar daquele, pelo que aquele responde, contratualmente, pelos atos deste<sup>3893</sup>.

Pode ainda acontecer que a clínica, hospital ou o próprio médico, quando o contrato é com este celebrado, tenham de responder pelos atos de outro pessoal auxiliar, como os paramédicos<sup>3894</sup>.

Pode, por fim, acontecer que não seja claro se o contrato foi celebrado com a instituição ou com o médico<sup>3895</sup>. A determinação da parte celebrante será, pois, essencial para aferir da responsabilidade nos termos do artigo 800.<sup>o</sup>.

De referir que, apesar da natureza obrigacional, o contrato de prestação de serviços médicos não pode excluir a responsabilidade pelos atos dos

---

<sup>3891</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 105, sublinhando que, para ser assim, é necessário que nenhum contrato tenha sido efetivamente celebrado entre o paciente e qualquer uma destas pessoas.

<sup>3892</sup> A situação pode, no entanto, ser mais complexa. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 343, refere o caso da responsabilidade do médico pelos atos dos auxiliares, prepostos da clínica onde, sem haver margem de escolha do doente, tem lugar a intervenção cirúrgica e o tratamento. Para este Autor, neste caso, há dois contratos, um com o médico e outro com a clínica, mas, ainda assim, é o médico quem responde pelos atos do pessoal da clínica que utilizou para o cumprimento da sua obrigação. Com efeito, havendo dois contratos, será necessário delimitar as obrigações do médico e da clínica de modo a aferir as respetivas responsabilidades. Assim, se o doente ficar com uma intoxicação alimentar devido ao pessoal da clínica, será esta a responsável, na medida em que este caso nada tem a ver com a obrigação assumida pelo médico.

<sup>3893</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 342.

<sup>3894</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civis de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 94.

<sup>3895</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 106.

auxiliares, nos termos previstos pelo n.º 2 do artigo 800.º, por estar em causa matéria de ordem pública, como já foi previamente analisado<sup>3896</sup>.

Caso seja celebrado através de cláusulas contratuais gerais, tal exclusão de responsabilidade estará também vedada pelo artigo 18.º, alínea a), da LCCG.

XLIX. Em causa poderá estar, assim, o incumprimento de qualquer uma das obrigações impostas ao médico ou ao profissional em causa. Relevante será, desde logo, o disposto no Código Deontológico da Ordem dos Médicos<sup>3897</sup>, com destaque para os artigos 5.º e seguintes:

- a) Artigo 5.º, n.º 1: o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à proteção da saúde das pessoas e da comunidade;
- b) Artigo 6.º: o médico deve prestar a sua atividade profissional sem qualquer forma de discriminação;
- c) Artigo 31.º: o médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano;
- d) Artigo 34.º: o médico é responsável pelos seus atos e pelos praticados por profissionais sob a sua orientação, desde que estes não se afastem das suas instruções, nem excedam os limites da sua competência;
- e) Artigo 35.º, n.º 1: o médico deve abster-se de quaisquer atos que não estejam de acordo com as *leges artis*;

---

<sup>3896</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 120.

<sup>3897</sup> Considerando que se trata de um “costume codificado”, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 121, nota 1.

- f) Artigo 44.º, n.º 1: o doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença.

De tomar em consideração serão ainda os direitos reconhecidos aos pacientes através da *Declaração de Princípios dos Direitos dos Pacientes na Europa*, da Organização Mundial de Saúde, publicada em 1994, de entre os quais se destacam “o direito a ser informado, a fazer uma escolha informada em relação ao tratamento e a consentir ou a recusar um tratamento proposto”<sup>3898 3899</sup>.

Entre nós é ainda essencial considerar a Diretiva 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.

L. O problema coloca-se igualmente em relação aos cuidados de saúde prestados por estabelecimentos públicos<sup>3900</sup>.

Sobre a questão, o Estatuto do Médico, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 373/79, de 8 de setembro, começou por afirmar, no n.º 3 do artigo 8.º, que *Em caso de responsabilidade civil, tem aplicação a lei reguladora da responsabilidade civil extracontratual do Estado no domínio dos actos de gestão pública*.

---

<sup>3898</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Policopiado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 321.

<sup>3899</sup> Seguindo a exposição de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., pp. 113 e seguintes, pode afirmar-se que o médico responde pelos seguintes deveres: a) dever de abstenção de atos que possam constituir violação do direito à integridade física e moral do paciente ou que devam ser considerados como arriscados; b) dever de sigilo; c) deveres de comunicação, incluindo-se aqui o dever de informação, de documentação e de conselho. Em relação ao dever de informação, porventura um dos mais relevantes na relação que se estabelece entre médico e paciente, há que assinalar a possibilidade de este ser *delegado* noutro médico, desde que tal não descaracterize a relação obrigacional, mas não noutros profissionais de saúde, como p.ex. enfermeiros, uma vez que tal extravasa da sua própria competência. Sobre o tema, cf. ainda ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, ob. cit., pp. 361 e 364.

<sup>3900</sup> Sobre o tema, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, em AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, LEX, 1991, p. 123-131; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 529 e seguintes, LICÍNIO LOPES, *Direito administrativo da saúde*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 225-366.

Por sua vez, a Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, que aprovou a Lei de Bases do Serviço Nacional de Saúde, estabeleceu, no seu artigo 12.º, que sempre que os utentes sejam lesados nos seus direitos pelos órgãos ou pelo pessoal deste Serviço, têm direito a ser indemnizados pelos danos causados, nos termos da lei reguladora da responsabilidade civil extracontratual do Estado no domínio dos atos de gestão pública.

Contudo, a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, que aprovou a Lei de Bases da Saúde, deixou de qualificar a natureza da responsabilidade, situação que suscitou algumas dúvidas na doutrina acerca da respetiva qualificação<sup>3901</sup>.

No âmbito do Serviço Nacional de Saúde, há que atender ao DL n.º 79/2008, de 8 de maio, que diferencia entre prestação de cuidados médicos a beneficiários e a não beneficiários.

Em princípio, nada obsta à celebração de um contrato de prestação de serviços médicos com um hospital público, apesar das limitações à liberdade de celebração por parte deste último, tratando-se aqui de atos de gestão privada<sup>3902</sup>. Contudo, em contrapartida, Sérvulo Correia afirma que *“Um ponto comum às relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde é o seu carácter não contratual”*; serão, assim, atos administrativos, praticados a solicitação do particular<sup>3903</sup>.

Relativamente à natureza da responsabilidade dos estabelecimentos de saúde pública, Freitas do Amaral assinala que estão em causa atos médicos, os quais *“não são actos jurídicos”*, mas sim *“actos técnicos praticados no exercício de uma determinada profissão de acordo com as prescrições de certa ciência ou arte”*<sup>3904</sup>. Por essa razão, o Autor pronuncia-se a favor da qualificação da responsabilidade por *actos de gestão pública*, porquanto não se restringe a

---

<sup>3901</sup> Ainda que, como é sabido, a qualificação do legislador não seja vinculativa. Assim, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral*, ob. cit., p. 517, bem como DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, ob. cit., p. 125.

<sup>3902</sup> Neste sentido, cf. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 352.

<sup>3903</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, ob. cit., p. 538.

<sup>3904</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, ob. cit., p. 126.

analisar “as actividades técnicas na sua materialidade fáctica, antes as encara dentro do enquadramento jurídico-institucional em que se inserem”<sup>3905</sup>. E este enquadramento aponta para o exercício de uma função pública, debaixo do domínio das normas de Direito público, concluindo assim que, sendo o enquadramento institucional de âmbito público, também o será a respetiva responsabilidade<sup>3906</sup>.

LI. Por sua vez, a responsabilidade em caso de atuação do médico em gestão de negócios<sup>3907</sup> tem dado azo a algumas dúvidas quanto à aplicação do regime obrigacional. Romano Martinez afirma que se trata da violação de um *dever específico*, do gestor perante o *dominus*, já que a lei determina a obrigação de o gestor se conformar com o interesse e a vontade deste. Por isso, o dever não é genérico mas sim específico<sup>3908</sup>.

A doutrina suscita ainda dúvidas quanto à seguinte situação: um doente, sob vigilância médica, causa danos a terceiro devido ao deficiente cuidado do profissional. Rute Teixeira Pedro parece apoiar a natureza delitual desta responsabilidade<sup>3909</sup>, posição que acompanhamos, atendendo a que o lesado é um terceiro, alheio ao estabelecimento de qualquer contrato entre o paciente e o médico ou o estabelecimento em que se encontra internado.

---

<sup>3905</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, ob. cit., p. 127.

<sup>3906</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, ob. cit., pp. 128 e seguintes. À data, era aplicável o disposto no Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967, bem como o artigo 22.º da Constituição.

<sup>3907</sup> Que se verifica, por exemplo, quando o doente se encontra em situação de incapacidade accidental. Assim, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos civil de prestação de serviço médico*, ob. cit., p. 104.

<sup>3908</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 467.

<sup>3909</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, ob. cit., p. 66.

I. O que dizer perante tudo o que foi exposto? Em Portugal vigora um princípio geral de *neminem laedere*, decorrente do disposto no n.º 1 do artigo 483.º do CC<sup>3910</sup>, que, como refere Romano Martinez, apresenta concretizações especiais<sup>3911</sup>, de entre as quais se destacam, entre outras, a responsabilidade contratual, a responsabilidade do vigilante e a responsabilidade do produtor<sup>3912</sup>.

Como Romano Martinez assinala, há danos que em princípio deveriam ser qualificados como danos *extra rem*, ou seja, danos pessoais sofridos pelo credor ou danos ocorridos no seu património<sup>3913</sup>, estando por isso além da proteção contratual<sup>3914</sup>. Todos os restantes danos são danos *circa rem*, aos quais se aplica o regime obrigacional, incluindo a responsabilidade por cumprimento defeituoso<sup>3915</sup>.

II. A resolução deste problema importa a tomada em consideração da configuração da obrigação como possuindo um *conteúdo complexo* (conceção ampla) ou não (conceção restrita)<sup>3916</sup>. Ou seja, saber se a relação obrigacional comporta apenas deveres de prestação, ou também deveres de proteção,

---

<sup>3910</sup> Aliás, o STJ, no seu acórdão de 4.03.2008 (Processo n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), considerou que, “Na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável – a exigência [quer a prestação tenha natureza contratual ou não] de actuação que observe os deveres gerais de cuidado. Tais deveres são comuns em ambos os tipos de responsabilidade”.

<sup>3911</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 235.

<sup>3912</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 155.

<sup>3913</sup> Relevante é o acórdão do BGH de 24 de novembro de 1976, disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz067359.html> (caso *Schwimmerschalter*), no qual foi fornecido um aparelho de aquecimento de água, para uma piscina, o qual apresentava um defeito no comutador da corrente elétrica, tendo causado um incêndio e destruído o aparelho, tendo o Tribunal aplicado o regime obrigacional.

<sup>3914</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, ob. cit., p. 464. Cf. ainda, do mesmo Autor, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, ob. cit., pp. 231 e seguintes.

<sup>3915</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, ob. cit., p. 241.

<sup>3916</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, ob. cit., p. 495.

relativamente quer à pessoa, quer ao património do credor. No fundo, trata-se da delimitação do âmbito obrigacional.

Como bem salienta Nuno Oliveira, a incluir os deveres de proteção no campo obrigacional, todo o regime obrigacional é aplicável, designadamente o disposto no art. 800.º/1 CC<sup>3917</sup>. Também assim Romano Martinez: a propósito da prestação de serviço médico, p.ex., se o hospital ajustou um contrato com o paciente, aplica-se o regime comum do mandato, por força do art. 1156.º CC, pelo que o hospital responde pela atuação do médico, nos termos do art. 800.º/1, sendo para tal irrelevante a relação existente entre o médico e o hospital<sup>3918 3919</sup>. O fato de o paciente poder sofrer danos na sua pessoa não obsta a esta conclusão, já que “o contrato de prestação de serviço médico tem por objecto a tutela da pessoa do paciente, pelo que os danos a este causados se encontram na esfera de protecção do contrato, sendo ressarcíveis contratualmente”<sup>3920</sup>.

III. Perante os dados, parece-nos importante destacar que, se por um lado é necessário delimitar a esfera de proteção do contrato, por outro também se mostra necessário evitar a “hipertrofia da responsabilidade contratual”<sup>3921</sup>, ou seja, a tendência para o alargamento do âmbito de aplicação do regime obrigacional. Esta tendência pode explicar-se em certos ordenamentos jurídicos, como o caso da Alemanha<sup>3922</sup>, mas não em Portugal<sup>3923</sup>. Não há necessidade de *ficcionar*

---

<sup>3917</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, ob. cit., p. 496, onde salienta que, contrariamente ao disposto no § 241/2 do BGB, onde, desde 2001, se consagra a teoria dos deveres de proteção, não se encontram no CCP norma idêntica.

<sup>3918</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 101 e 102.

<sup>3919</sup> No entanto, o contrato também pode ser diretamente celebrado com o próprio médico. Sobre o tema, cf. o Acórdão do STJ de 26.11.1980, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 301, Dezembro de 1980, pp. 404 e seguintes.

<sup>3920</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 102 e 103.

<sup>3921</sup> Assim também EDUARD PICKER, *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme*, ob. cit., p. 1042. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., pp. 101e seguintes.

<sup>3922</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, HANS-LEO WEYERS, *Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A zum 52 Deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978*, C. H. Beck, München, 1978, 124 páginas, em *Revista de Direito e Economia*, Anos VI/VII, 1980/1981, p. 397, onde sublinha que as principais diferenças residem “nas regras da prescrição, da responsabilidade dos auxiliares e da possibilidade de concessão de uma compensação por danos morais”. O Autor refere



deveres acessórios, emanados do contrato, relacionados com a proteção da pessoa e do património do credor, quando o artigo 483.º, n.º 1, do CC já prevê a responsabilidade pela respetiva lesão. Para além disso, o Código Civil consagra a responsabilidade objetiva por fato de terceiro tanto no domínio delitual (artigo 500.º) como no obrigacional (artigo 800.º)<sup>3924</sup>.

Para que a responsabilidade seja obrigacional *“é necessário que o dano derive do incumprimento e não basta o fato de o prejuízo ter sido causado por um fato ilícito praticado na altura da realização da prestação”*, pois a responsabilidade obrigacional apenas abrange os danos verificados no âmbito do respetivo sinalagma<sup>3925</sup>. Ou seja, acrescentamos nós, não basta que os danos se verifiquem *por ocasião do contrato*.

IV. Já segundo Teixeira de Sousa, não será invulgar surgir uma situação de concurso entre responsabilidade obrigacional e extraobrigacional<sup>3926</sup>.

A propósito especificamente do médico, considera que *“os deveres contratuais assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina”*<sup>3927</sup>.

---

ainda, a propósito do estudo de Weyers, os diversos grupos de deveres que impendem sobre o médico na ordem jurídica alemã: (a) *Übernahmeverschulden*, ou culpa de aceitação, que traduz a ideia de que o médico só deve exercer a profissão *“após suficiente preparação geral e especializada”*, devendo manter-se sempre a par dos novos conhecimentos, bem como, no caso das clínicas, *“a criação dos pressupostos organizatórios de um procedimento adequado”*; (b) deveres de aplicar, de fato, a técnica ótima indicada ao caso; (c) deveres de lidar com o risco de forma correta (ob. cit., p. 398).

<sup>3923</sup> Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, ob. cit., p. 242 e seguintes, dando como argumento, precisamente, *“a diferença de regime estabelecida nos §§ 278 e 831 BGB”*, em que *“o aparecimento da figura da violação positiva do contrato ficou a dever-se à dificuldade de responsabilização delitual por acto de terceiro”*.

<sup>3924</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, ob. cit., p. 244: *“Não se torna necessário ficcionar que do contrato emergem deveres acessórios de protecção, de segurança, etc., se eles já decorrem das regras gerais de responsabilidade civil.”*. Ainda de referir, a páginas 251, a crítica do Autor à resolução do problema com recurso ao regime contratual: *“O contrato não priva as partes da protecção geral, pois pela celebração de um negócio jurídico não se renuncia à defesa que se teria independentemente dele”*. Assim, *“Fundar a responsabilidade por violação de direitos absolutos no negócio jurídico cria uma hipertrofia do direito contratual e falseia o sistema da responsabilidade civil (...). Até porque se o contrato fosse nulo, ou resolvido, não podia ser negada ao credor a tutela delitual.”* (p. 253).

<sup>3925</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, ob. cit., p. 253.

<sup>3926</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, ob. cit., pp. 322 e seguintes.

V. Pedro Múrias elenca alguns casos típicos, que podem ser inseridos na factispécie legal dos artigos 500.º e 800.º<sup>3928</sup>. São eles:

- a) A, empregado de B na construção civil, desempenha as suas tarefas com descuido e deixa cair um instrumento de ferro, que atinge um transeunte – sendo de aplicar aqui o artigo 500.º;
- b) C compromete-se a entregar a D, dono de um restaurante, *x* frangos de aviário, e o seu amigo E, a quem pediu que fizesse a entrega, deixou os frangos ao Sol, que assim se deterioram, impedindo que D os pudesse utilizar no restaurante e tendo por isso lucros cessantes; neste caso, Pedro Múrias considera que, por força do artigo 800.º, C deve indemnizar D, sendo duvidoso contudo que haja alguma responsabilidade de E perante D, podendo no entanto C exigir de E indemnização, ou, nas palavras do autor, *“poderia decerto exigir do amigo o que se vira obrigado a desembolsar”*;
- c) F, com 5 anos e dono de uma empresa fornecedora de mobiliário de escritório, é representado pelo seu pai G. G, sem razão justificativa, não dá ordem para que seja feita uma entrega devida a H, que se vê impossibilitado de abrir as portas aos seus clientes, pretendendo responsabilizar F por tal fato, nos termos do artigo 800.º.

VI. Estes casos sugerem a necessidade de maior reflexão. Na realidade, como já aqui procurámos salientar, a doutrina e a jurisprudência nacional acabam por muitas vezes retirar ao artigo 800.º parte do seu conteúdo aplicativo, remetendo a resolução do problema para o artigo 500.º em matérias que, a nosso ver, poderiam ter a sua solução ao abrigo do referido

---

<sup>3927</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 127. Porém, a p. 134, o Autor parece reconduzir esta situação à responsabilidade delitual, ao referir que quando a responsabilidade seja atribuída a uma instituição hospitalar que seja um estabelecimento privado de saúde, *“a sua responsabilidade estabelece-se nos termos da responsabilidade do comitente, isto é, daquele que atribui a outrem o desempenho de uma missão ou tarefa.”*, citando de seguida o artigo 500.º do CC.

<sup>3928</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 171.

normativo<sup>3929</sup>. Por outro lado, em contrapartida, também acontece por vezes que o artigo 800.º acaba por ser aplicado a situações que extravasam totalmente o seu âmbito.

Nos casos analisados, o único que nos suscita algumas dúvidas é o segundo. Na realidade, parece-nos que o problema poderá ou não suscitar a aplicação do artigo 800.º, consoante o dono do restaurante aceite ou não a prestação. Assim:

- a) Admita-se que o dono do restaurante, apercebendo-se da deterioração dos frangos, não chega sequer a aceitar a respetiva entrega – o que seria de esperar, dada a circunstância de ser um vício perceptível. Nesse caso, não haveria sequer realização da prestação, mas antes mora – admitindo que o devedor se havia obrigado a cumprir em certo prazo e que já não pudesse repetir a prestação dentro desse mesmo prazo – nos termos do artigo 804.º CC. Não haveria que apelar aqui à aplicação do artigo 800.º/1, na medida em que a prestação não teria sido, simplesmente, executada de modo atempado;
- b) Assumindo agora que o dono do restaurante aceitou a prestação, porventura não se apercebendo do estado de deterioração dos frangos. O amigo do devedor é, sem qualquer dúvida, um auxiliar a que este recorre para cumprir a sua obrigação e é verdade que a *causa* da deterioração dos frangos foi a incúria do amigo do devedor. Todavia, mesmo que assim não fosse, isto é, admitindo que desde o início os frangos estivessem deteriorados, sempre o devedor responderia. Ou seja, neste caso, o devedor responde pela circunstância de a prestação realizada apresentar defeito, independentemente da origem ou causa desse defeito haver sido a sua própria atuação, a atuação de terceiro, auxiliar ou não, ou um fato natural ao qual seja alheio. Estando os frangos deteriorados, a

---

<sup>3929</sup> Em sentido próximo, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 50, salienta que parece existir algum abandono do estudo da responsabilidade contratual.

circunstância de essa deterioração ter decorrido de um fato do auxiliar é irrelevante para efeitos de responsabilização... aliás, nem tem o credor de referir que os frangos se deterioraram *devido* à conduta do auxiliar. Basta-lhe referir que a prestação era defeituosa para haver responsabilidade do devedor, a qual existiria ainda que os frangos se encontrassem deteriorados sem que tivesse havido a interferência de ninguém.

VII. Assim, não acompanhamos inteiramente Pedro Múrias no entendimento descrito. A nosso ver, assiste razão a Ferrara, quando considera que não se pode determinar, *a se*, a natureza da responsabilidade, tendo antes de tomar em consideração o âmbito da obrigação.

A inexecução de uma obrigação pode implicar a simultânea a lesão de um direito absoluto do credor, e, ainda assim, estar-se diante de responsabilidade obrigacional: p.ex., supondo que o depositário se apropria do objeto depositado, sem dúvida que o direito de propriedade do depositante é atingido, mas a violação, sendo proveniente do depositário (ou de um auxiliar seu) é do contrato, originando responsabilidade obrigacional<sup>3930</sup>.

Por outro lado, pode também acontecer que o fato ilícito origine, em simultâneo, responsabilidade delitual e obrigacional, como no caso citado por Ferrara em que o farmacêutico, por engano, dá um medicamento errado ao cliente, originando danos na sua pessoa<sup>3931</sup>.

Ora, *se é verdade que o artigo 800.º/1 CC apenas se aplica quando o credor seja o lesado, não é verdade que este dispositivo se aplique sempre que o credor seja lesado*. Com efeito, pode acontecer que o credor seja lesado mas o direito violado extravase o âmbito obrigacional.

Por outro lado, a responsabilidade obrigacional pode fundamentar-se noutras circunstâncias, que não a conduta do auxiliar. No exemplo da entrega

---

<sup>3930</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 410. Na expressão do Autor, "*Si tratta d'un inadempimento qualificato delittuoso, ma che costituisce sempre un danno contrattuale*".

<sup>3931</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 410.

dos frangos, ao credor basta demonstrar o defeito, isto é, o estado de degradação do frango, e, a partir desse momento, será aplicável o regime da compra e venda de coisa defeituosa – art. 913.º/1 CC. Não irá decerto demonstrar que a degradação do produto ocorreu durante a entrega, fato que para o credor é totalmente irrelevante e até constitui um ónus acrescido de prova.

É verdade e reconhece-se que o devedor não se pode exonerar, alegando que a degradação ocorreu devido a fato de *um terceiro*, que durante o percurso, não tomou os cuidados necessários. Mas tal deve-se ao fato de o auxiliar não ser terceiro e em nada afeta os direitos do credor. Isto parece demonstrar que, em casos como este, se é verdade que o devedor responde, também é certo que o fundamento desta responsabilidade não parece estar tanto no art. 800.º/1, como noutros pontos do sistema, os quais, quanto muito, se articulam com este regime – no caso, o regime da venda de coisa defeituosa, ou melhor, o cumprimento defeituoso.

#### VIII. Em suma:

- a) A pré-existência de uma relação obrigacional não significa que qualquer dano ocorrido entre as partes seja fruto de responsabilidade obrigacional;
- b) A determinação do tipo de responsabilidade aplicável dependerá da delimitação prévia do âmbito obrigacional;
- c) Como a doutrina majoritária aceita, não é necessário ficcionar a existência de deveres de proteção emanados do contrato, quando o art. 483.º/1 do CC contém uma cláusula geral de responsabilidade civil;
- d) No entanto, não se aplica o regime obrigacional apenas à infração do dever principal e de deveres secundários: aplica-se também à infração de deveres acessórios, contante que o direito atingido se encontre na titularidade do credor e esteja, ainda, abrangido no âmbito da própria obrigação;

- e) Uma parte significativa dos casos em que a doutrina discute se o dano foi causado pelo auxiliar *no cumprimento* da obrigação, ou *por ocasião* do cumprimento, pode ser reconduzido a situações em que o dano se situa fora da esfera obrigacional;
- f) A questão da delimitação do âmbito de proteção contratual não pode ser resolvida em abstrato, mas apenas com base na situação concreta:
- g) Vejamos por isso alguns casos:
  - a. A empresa de canalização envia o seu funcionário, A, ao domicílio do credor, para realizar a reparação de um cano entupido. Durante a operação, por descuido de A, o cano rebenta, causando danos ao credor. A responsabilidade é obrigacional, aplicando-se o art. 800.º/1 do CC, de forma a responsabilizar a empresa pela atuação do seu auxiliar.
  - b. No mesmo exemplo, o funcionário furta um objeto da casa do credor: a responsabilidade é delitual, extravasando o âmbito de proteção do contrato. Se fosse o próprio devedor, não se poderia falar em responsabilidade obrigacional, pelo que, do mesmo modo, a empresa responderá, quanto muito, ao abrigo do art. 500.º. O credor é o titular do direito lesado, mas este extravasa o âmbito obrigacional.
  - c. No mesmo exemplo, o funcionário, desrespeitando as instruções recebidas da empresa, decide reparar outro cano: consideramos que estamos ainda no âmbito da responsabilidade obrigacional, podendo ainda assim aplica-se o art. 800.º/1 do CC. O desrespeito das instruções do devedor não afasta a sua responsabilidade.

- d. Se em vez de uma prestação de fato, se tratar de uma prestação de coisa, a qual sofre um defeito, por intervenção do auxiliar: o regime aplicável será o da venda de coisa defeituosa (ou o respeitante ao contrato concretamente celebrado), porquanto para o credor será indiferente e até muitas vezes desconhecido e irrelevante a origem do dano.

Dir-se-á que esta não é uma resposta definitiva. Não obstante, parece-nos que uma solução que não atenda, por um lado, às especificidades da obrigação, e, por outro, ao âmbito, obrigacional ou delitual, do interesse lesado, seria uma resposta incorreta e precipitada. Ponderados ambos os riscos, preferimos ainda assim a primeira solução, assente em vetores que tomamos como certos, como é o caso de se integrar ainda no esquema obrigacional a violação de deveres acessórios, quer por parte do devedor, quer pelos seus auxiliares de cumprimento. Ou seja, assente estará que o devedor responde pela inobservância de tais deveres: o problema poderá ser, ao invés, o da qualificação do devedor como estando ainda no campode proteção obrigacional, ou já dele extravasando.





## Pontos de aproximação. O problema da culpa *in contrahendo*

I. Um dos pontos em que se discute a aplicação da responsabilidade contratual ou delitual reside precisamente na violação dos deveres impostos pela boa fé na fase pré-negocial<sup>3932</sup>, atualmente prevista no artigo 227.º do CC<sup>3933 3934 3935 3936 3937</sup>.

A culpa *in contrahendo* origina a responsabilidade<sup>3938 3939 3940 3941 3942 3943</sup>, como decorre do disposto no artigo 227.º do CC.

---

<sup>3932</sup> JOSEF ESSER / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, ob. cit., p. 129, salientam que quando duas pessoas entram em negociações se cria um contato especial, dando origem a uma confiança específica entre eles, que arrasta consigo possibilidades alargadas de influência na contraparte. Também BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), em *Juristische Schulung*, ob. cit., p. 818, considera que se o comportamento lesivo do auxiliar dever ser analisado na perspetiva da violação de um dever de comportamento *especial* (i.e., uma relação obrigacional) então a responsabilidade do principal deve ser a prevista no § 278 BGB.

<sup>3933</sup> Acerca dos traços fundamentais do artigo 227.º do CC, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Culpa na formação dos contratos*, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, ob. cit., pp. 266 e seguintes. Também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e o regime*, ob. cit., p. 758, salienta que no § 311/III do BGB são incluídos na esfera da responsabilidade terceiros, considerando-se como tal sujeitos que participam nas negociações mas não são partes no contrato a celebrar, como os advogados, auditores, etc. Para este Autor, no Direito Português, o dever de proceder de boa fé recai também sobre estes participantes, com base numa interpretação ampla do artigo 227.º.

<sup>3934</sup> No Código de Seabra, o artigo 653.º determinava que “O proponente é obrigado a manter a sua proposta, enquanto não receber resposta da outra parte, nos termos declarados no artigo precedente, aliás é responsável por perdas e danos que possam resultar da sua retractação.”

<sup>3935</sup> No *Codice*, o artigo 1337.º prevê que “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

<sup>3936</sup> Sobre o artigo 1338.º do *Codice*, cf. PAOLO FORCHIELLI, *Responsabilità Civile. Lezioni*, III, Pádua, Cedam, 1970, p. 114. De acordo com esta disposição, *La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*.

<sup>3937</sup> No Direito bancário, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob. cit., pp. 447 e seguintes.

<sup>3938</sup> A qual se encontra consagrada no artigo 227.º do CC e que tem vários corolários, em diversos preceitos do Código Civil, com destaque para os artigos 229.º, n.º 1, 245.º, n.º 2, 246.º e 898.º. Sobre o tema: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 318 e seguintes; DÁRIO MOURA VICENTE, *Culpa na formação dos contratos*, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Lisboa, Coimbra editora, 2007, p. 265; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., pp. 208 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, N.º 357, Lisboa 1987, pp. 29 e seguintes, a propósito da culpa *in contrahendo* do banqueiro; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 267 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, ob. cit., p. 97; DÁRIO MOURA VICENTE, *Culpa na formação dos contratos*, em AAVV, *Comemorações*

As partes devem, tanto na celebração do contrato como na sua preparação, atuar de boa fé, observando os deveres acessórios<sup>3944</sup> <sup>3945</sup> de lealdade, segurança e informação<sup>3946</sup> <sup>3947</sup> <sup>3948</sup>.

---

dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Lisboa, Coimbra editora, 2007, pp. 265 e seguintes; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma "terceira via" no Direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, ob. cit., pp. 95 e seguintes; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, Coimbra editora, 1994, em especial as pp. 53 e seguintes; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XIV, Coimbra, 1966, pp. 143 e seguintes; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 473 e seguintes; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volume I, ob. cit., pp. 422 e seguintes; ENZO ROPPO, *O Contrato*, ob. cit., p. 96; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e o regime*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 745 e seguintes; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, ob. cit., pp. 65 e seguintes; EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual: o § 311*, ob. cit., pp. 869 e seguintes; PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, *A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV Volume – *Novos Estudos de Direito Privado*, Coimbra, 2004, pp. 179 e seguintes. Cf. ainda MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade pré-contratual – Vertentes privatística e publicística*, em *Revista O Direito*, Ano 125.º, 1993, III-IV, Julho-Dezembro, pp. 383 e seguintes, e, em especial, as pp. 399 e seguintes.

<sup>3939</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 99 seguintes.

<sup>3940</sup> Sobre o tema no âmbito da compra e venda, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O cumprimento defeituoso e a venda de coisas defeituosas*, ob. cit., pp. 578 e seguintes.

<sup>3941</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, ob. cit., pp. 300 e seguintes; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 1125 e seguintes.

<sup>3942</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 397 e seguintes.

<sup>3943</sup> Acerca da culpa *in contrahendo*, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 207 e seguintes.

<sup>3944</sup> Salientando que a culpa *in contrahendo* constitui um dos campos de atuação dos deveres acessórios, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 324.

<sup>3945</sup> Especificamente acerca dos deveres acessórios, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., pp. 498 e seguintes.

<sup>3946</sup> PAOLO FORCHIELLI, *Responsabilità Civile. Lezioni*, ob. cit., p. 127: “Quando si può dire che un contraente è corretto? Si può rispondere: quando fa tutto quello che deve fare.”.

<sup>3947</sup> Acerca dos deveres de informação nos contratos comerciais, cf. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 110 e seguintes, onde salienta que a “consagração e multiplicação de deveres de informação pré-contratual” constitui “o primeiro e mais representativo traço distintivo da densificação legislativa da fase pré-contratual da contratação mercantil”, vigorando hoje de forma plena o imperativo geral da “transparência

II. Os deveres pré-contratuais podem encontrar-se, nalguns casos, especificamente consagrados em leis avulsas, com destaque para: a) os artigos 77.º e 77.º-C do RGIC<sup>3949</sup>; b) os artigos 6.º e seguintes da Lei sobre o crédito ao consumo; c) os artigos 136.º e seguintes e 312.º-A e seguintes, 321.º-A, 322.º e seguintes do CVM; d) o artigo 18.º da Lei sobre o contrato de seguro; e) o DL n.º 173/2007, de 8 de maio<sup>3950</sup>; f) DL n.º 143/2001, de 26 de abril, modificado pelo DL n.º 82/2008, de 20 de maio<sup>3951</sup>; g) o artigo 28.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto<sup>3952</sup>.

III. A doutrina hesita quanto à natureza desta responsabilidade<sup>3953</sup>, alternando entre aqueles que defendem que se trata de responsabilidade contratual, os que sufragam a tese delitual<sup>3954</sup> e os apoiantes de uma responsabilidade *sui generis*<sup>3955</sup>.

---

*negocial*". Cf. também MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, I. Contratos comerciais em geral, II. Contratos bancários, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 36 e seguintes.

<sup>3948</sup> Sobre a atuação de boa fé no processo civil, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, ob. cit., pp. 72 e seguintes.

<sup>3949</sup> Acerca das fontes de Direito bancário, em especial o RGIC, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 183 e seguintes.

<sup>3950</sup> Destacando-se o art. 3.º, n.º 2, nos termos do qual: "*Sem prejuízo do estabelecido no número anterior, as transportadoras aéreas e os seus agentes devem informar os consumidores, de forma clara, sobre o preço total do transporte aéreo, devendo este discriminar de modo inequívoco e detalhado os termos e as condições aplicáveis à tarifa escolhida, assim como sobre quaisquer impostos, taxas ou encargos de serviço aplicáveis.*".

<sup>3951</sup> Com destaque para as informações prévias, contempladas no artigo 4.º do diploma.

<sup>3952</sup> Com destaque para as informações prévias, contempladas no artigo 28.º do diploma. Cf. sobre o tema PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, ob. cit., pp. 102 e seguintes.

<sup>3953</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 237 e seguintes, assinalando uma certa *conveniência da aproximação* desta figura à responsabilidade obrigacional no ordenamento jurídico alemão. Quanto à doutrina nacional, cf. pp. 277 e seguintes.

<sup>3954</sup> FRANCESCO BENATTI, *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Português)*, Coimbra, Almedina, 1970, pp. 138 e seguintes, sintetiza os principais argumentos invocados a favor desta tese, desde logo que o artigo 1337.º CCI seria uma manifestação do princípio do *neminem laedere*.

<sup>3955</sup> Em França, ANDRÉ BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, p. 167, defende, sem qualquer dúvida, que se trata necessariamente de responsabilidade delitual, já que antes do contrato não pode haver responsabilidade contratual: "*Un effet ne peut précéder une cause*".

Januário Costa Gomes entende que, atendendo à inclusão deste regime no âmbito da celebração do contrato, se trata de responsabilidade “*paracontratual*”, aplicando-se a presunção de culpa do artigo 799.º/1 do CC e o demais regime da responsabilidade obrigacional<sup>3956</sup>. Também Menezes Leitão afirma que a responsabilidade pré-contratual consiste num “*meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual, uma vez que não resulta do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos, mas antes a deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõem a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial*”<sup>3957</sup>. O Autor pronuncia-se a favor da aplicação do regime delitual e obrigacional, consoante o caso, ou seja, consoante o que for mais adequado à solução do caso, se bem que a nível de culpa *in contrahendo* será preponderante o regime obrigacional, defendendo a aplicação quer do art. 799.º, quer do art. 800.º CC<sup>3958</sup>.

Neste sentido parece posicionar-se também Nuno Oliveira, ao advogar a terceira via mas com a ressalva de que esta responsabilidade se aproxima especialmente do regime obrigacional, razão pela qual se lhe aplicam, por analogia, os artigos 799.º e 800.º<sup>3959</sup>. Em contrapartida, defende também a aplicação dos artigos 494.º, 497.º e 498.º.

Do mesmo modo, segundo Alberto González, a responsabilidade por culpa *in contrahendo* não se integra nem na responsabilidade obrigacional, nem na responsabilidade extraobrigacional, pese embora seja *vizinha* desta última<sup>3960</sup>.

Já Menezes Cordeiro sustenta a natureza obrigacional, com aplicação do respetivo regime jurídico, constante dos artigos 798.º e seguintes do CC,

---

<sup>3956</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 37.

<sup>3957</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 326.

<sup>3958</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 326.

<sup>3959</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 213.

<sup>3960</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, p. 13.

assinalando, em contrapartida, a inutilidade e até as perversidades de uma opção por uma *terceira via*<sup>3961</sup>.

IV. Ainda que sem deixar de referir esta questão, assinalamos desde já que a sua análise se reduz, no presente estudo, ao problema da intervenção dos auxiliares de cumprimento no momento pré-contratual.

Num caso decidido pelos tribunais franceses, discutia-se a seguinte questão<sup>3962</sup>: uma pessoa pretendia construir uma casa, para o que procurou celebrar um contrato de mútuo, tendo o mutuante exigido, para além de hipoteca, a contratação de um seguro de invalidez-morte, cuja constituição estava dependente dos resultados de uma visita médica. A visita foi feita e o segurador recusou a contratação do seguro, mas o mutuante não deu essa informação ao cliente, antes pelo contrário, concedeu o mútuo, pelo que o mutuário ficou convicto de que o seguro foi celebrado, tendo inclusivamente pago o respetivo prémio durante três meses. Posteriormente, por doença, foi atingido por invalidez definitiva e verificou que o seguro não existia, tendo exigido indemnização ao mutuante, nomeadamente que ficassem a seu cargo as prestações do empréstimo. De acordo com o tribunal, o banco atuara na qualidade de mandatário, cabendo-lhe realizar todas as diligências necessárias para que o mutuante ficasse coberto pelo seguro, pelo que não cumprira a sua obrigação.

V. Este caso retrata um problema que envolve, por um lado, uma união de contratos, e, por outro, a violação de deveres de informação no período preliminar à formação do contrato. O cliente / mutuário negociou diretamente com o banco, não com a seguradora, donde resulta que o banco atuou como auxiliar de cumprimento da seguradora, eventualmente como mandatário (sem

---

<sup>3961</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 320 e seguintes. Sobre a questão, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades, ob. cit., pp. 280 e seguintes.

<sup>3962</sup> Referido por JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 367 e 368.

representação). Independentemente da qualificação que se dê ao contrato existente entre banco e seguradora, parece inegável que a seguradora responde pela atuação do seu auxiliar, nomeadamente pela circunstância de o auxiliar não ter cumprido o seu dever de informação perante o *futuro* cliente. No entanto, não chegou a ser celebrado nenhum contrato. Assim, a responsabilização do banco poderá até ter lugar (já que o banco, efetivamente, contratou o mútuo), mas quanto à seguradora a sua responsabilização apenas poderia ser obtida, no enquadramento jurídico nacional, através de uma aplicação conjugada dos artigos 227.º/1 e 800.º/1 do CC, solução que nos parece a mais adequada, porquanto:

- a) A seguradora não interveio diretamente nas negociações;
- b) Para esse efeito, lançou mão de um auxiliar de cumprimento – o banco;
- c) No período preliminar à formação do contrato, impõem-se às partes deveres de informação, segurança e lealdade, deveres estes que se aplicam tanto às próprias partes, como aos seus auxiliares e representantes legais;
- d) O auxiliar não cumpriu estes deveres, pois não informou o cliente da não aprovação do seguro;
- e) Presume-se a culpa do devedor, sendo o art. 799.º/1 do CC aplicável, independentemente da natureza da responsabilidade por culpa *in contrahendo*;
- f) Donde resulta que a seguradora deve indemnizar o lesado pelos danos resultantes da ausência de informação, *como se tivesse sido ela mesma a atuar*.

VI. Sobre esta questão, importa ainda fazer uma observação adicional. Em Portugal, Sinde Monteiro considera que, em decorrência do princípio da liberdade negocial, uma parte, ainda que tal o seja solicitado pela contraparte, “*não está normalmente obrigada a fornecer dados à contraparte, à qual caberá tirar do*

fato as respectivas consequências”<sup>3963</sup>. Não obstante, o princípio da boa fé pode impor “deveres de esclarecimento, notificação, revelação, comunicação ou até conselho”, o que dependerá, em grande medida, da existência de uma “particular necessidade de protecção”, que poderá decorrer da “especial competência técnica do devedor (relações perito-leigo), como também com circunstâncias pessoais do credor (evidente inexperiência ou falta de preparação, outros fatores pessoais)”<sup>3964</sup>. Relevante poderá ser ainda o “tipo de relação contratual”, evidenciando-se em especial os deveres de informação<sup>3965</sup> quando se trate de uma atividade no interesse alheio, de que é exemplo típico o caso do médico<sup>3966</sup>.

Assim, no caso típico dos bancos, estes poderão estar obrigados a certos deveres de esclarecimento e de informação, ou mesmo de proteção, considerando a especial inexperiência da contraparte<sup>3967</sup>. Para este Autor, trata-se de contratos concluídos com profissionais, pelo que daqui resulta uma “particular confiança”, até porque muitas vezes o banco realiza um “estudo prévio das condições particulares do cliente”, aparecendo na prática como um “conselheiro”<sup>3968</sup>. Concluindo, considera que “pode portante existir um dever jurídico de, por moto próprio, o melhor informado elucidar, esclarecer ou mesmo aconselhar o futuro parceiro contratual”, ainda que, num regime assente na liberdade contratual, a regra seja em princípio no sentido contrário<sup>3969</sup>. Ainda assim, quando espontaneamente seja dada uma determinada informação, esta

---

<sup>3963</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 357 e 358.

<sup>3964</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 358 e seguintes.

<sup>3965</sup> Cf. ainda, em especial, JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 300 e seguintes.

<sup>3966</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., pp. 333 e seguintes.

<sup>3967</sup> Neste sentido, cf. JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 365, referindo a jurisprudência alemã, para a qual o banco não estará obrigado a verificar se o negócio é oportuno para o seu cliente, mas deverá “fazer referência, no caso de tomadores de empréstimo cognoscivelmente inexperientes, a riscos de cuja existência estes se não tenham apercebido ou que não tenham avaliado correctamente”.

<sup>3968</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 369.

<sup>3969</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 383.

deverá respeitar o princípio da boa fé, ou seja, ser dada com verdade e diligência<sup>3970</sup>.

VII. O entendimento que nos parece preferível é aquele que, *independentemente da natureza da responsabilidade por culpa in contrahendo, aplica o regime jurídico da responsabilidade obrigacional*<sup>3971 3972</sup>. Por conseguinte, parece-nos que o devedor responde, objetivamente pelo artigo 800.º/1 do CC, pela violação dos deveres de informação, lealdade e segurança que provenha de um dos seus auxiliares nesta fase preliminar<sup>3973</sup>. Neste sentido, subscrevendo o entendimento de Dário Moura Vicente, há que reconhecer que “a responsabilidade prevista naquele preceito tem por fundamento a violação de uma obrigação; no entanto, o regime de prescrição que lhe é aplicável, nos termos do seu n.º 2, é o da responsabilidade extracontratual. Exige-se, por outro lado, a culpa do lesante; mas esta deve ser presumida nos termos do artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, que é privativo da responsabilidade contratual (...) O regime da responsabilidade pré-contratual tem assim, entre nós, uma natureza híbrida ou mista”<sup>3974</sup>.

Também se pronunciam a este favor Ballerstedt e Benatti, observando que “uma vez que o fato constitutivo do dever de boa fé é a relação pré-contratual de confiança, a questão respeitante à individualização do sujeito obrigado a responder por culpa in contrahendo resolve-se facilmente apenas se se determinar as pessoas entre as quais se instaurou aquela particular relação. Portanto, só quem se manifesta como *Vertrauensperson* pode ser tido como responsável.”<sup>3975 3976</sup>.

---

<sup>3970</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, ob. cit., p. 384.

<sup>3971</sup> Neste sentido, cf. também FRANCESCO BENATTI, *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Português)*, ob. cit., pp. 159 e seguintes.

<sup>3972</sup> PAOLO FORCHIELLI, *Responsabilità Civile. Lezioni*, ob. cit., p. 129.

<sup>3973</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 87, referindo o exemplo do vendedor de uma participação social, que responde, perante o comprador, pelo contabilista, auditor ou assessor financeiro que realizou, a seu pedido, o balanço da sociedade a que se refere a participação vendida e que foi exibido nas negociações preliminares.

<sup>3974</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Culpa na formação dos contratos*, ob. cit., p. 275.

<sup>3975</sup> FRANCESCO BENATTI, *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Português)*, ob. cit., p. 161.

<sup>3976</sup> KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, ob. cit., pp. 501 e seguintes. Salientando a importância de Ballerstedt no âmbito da



VIII. Em decorrência deste entendimento, o devedor responde, obrigacionalmente, pelos atos dos seus auxiliares na preparação e conclusão do contrato, por culpa *in contrahendo*, aqui se incluindo os agentes, procuradores e comissários, na medida em que os terceiros que tratam com eles confiam na empresa, na organização que se lhes apresenta e da qual são auxiliares<sup>3977</sup>. Por conseguinte, o empresário devedor responde pelas comunicações imprecisas ou erróneas dos seus agentes, procuradores e comissários<sup>3978</sup>.

IX. No caso apreciado em 27.9.2012, o STJ considerou que<sup>3979</sup>:

*“Se um banco, de prestígio internacional, enceta negociações com alguém para que se torne seu «agente financeiro», dando a entender que esse negócio virá a ter a aprovação das respectivas entidades reguladoras, que para tanto já teriam sido contactadas e, posteriormente, se verifica que essa aprovação é negada, levando a uma proposta de reformulação do negócio em condições consideradas inaceitáveis pela outra parte, incorre o mesmo banco em responsabilidade pré-contratual.”*

Neste caso, o banco estabeleceu contatos e relações negociais com a Ré, que tinham em vista a celebração de um contrato de agente financeiro<sup>3980</sup>, ou seja, de forma a que esta pudesse promover e comercializar produtos bancários, em seu nome e representação. Tais negociações foram levadas a cabo pelos funcionários do banco, que contribuíram para a criação de uma convicção firme

---

culpa *in contrahendo*, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, ob. cit., p. 117.

<sup>3977</sup> FRANCESCO BENATTI, *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Português)*, ob. cit., pp. 161 e 162.

<sup>3978</sup> FRANCESCO BENATTI, *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Português)*, ob. cit., p. 163.

<sup>3979</sup> Acórdão de 27.09.2012 (Processo n.º 3729/04.0TVLSB.L1.S1, Relator Bettencourt de Faria), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3980</sup> O banco em questão anunciou, em 1999, a sua “*intenção de criar uma rede sediada no país que promovesse e comercializasse os produtos bancários em nome e representação*” do referido banco, tendo inclusivamente divulgado um folheto bastante completo, em que, entre outros aspetos, anunciava este “*novo conceito bancário, através do qual um conjunto de empresários e profissionais independentes actuam como representantes do banco na comercialização dos seus produtos financeiros*”. De acordo com a matéria provada nos autos, foram também publicadas nos órgãos de comunicação social entrevistas com o Diretor da referida entidade bancária, que contribuíram para incutir tal expectativa na Ré.

no negócio, que depois veio a não se concretizar. Inclusivamente, o banco chegou a remeter uma minuta do contrato que tinha em vista celebrar e proporcionou à Ré a participação num “Curso de Formação para Agentes Financeiros” (no qual se reforçou a ideia de êxito do projeto, assim como foi feita uma apresentação de tabelas de comissões dos futuros agentes financeiros), mais a tendo auxiliado na constituição da sociedade que iria assumir aquele papel. Através dos seus funcionários, o banco afirmou que teria uma comunicação verbal de aprovação por parte do Banco de Portugal, o que não chegou a ser confirmado, nos termos da qual os referidos agentes teriam a possibilidade de comercializar os produtos financeiros<sup>3981</sup>, não se limitando a sua atividade à mera promoção.

O STJ considerou que o princípio da boa fé proíbe *“os comportamentos pré-contratuais que criem, na parte contrária, uma ideia errónea sobre a realidade contratual”*, fazendo a parte incorrer em responsabilidade pré-contratual, que integrou numa categoria autónoma de responsabilidade, ou seja, não a reconduzindo nem à responsabilidade obrigacional, nem à delitual, ainda que se tenha afirmado que *“Não se trata de responsabilidade derivada do contrato, mas, indubitavelmente, por causa do contrato”*.

X. Neste caso, verifica-se que o STJ concluiu pela responsabilidade do banco, omitindo qualquer referência ao disposto nos artigos 165.º e 800.º do CC. Ao invés, limitou-se a afirmar que *“A ré induziu nos autores a expectativa de que poderiam vir a ser Agentes Financeiros, constituídos em sociedade comercial, comercializando em Portugal os produtos DB a curto prazo (...). Mais, como se apurou de fato, a ré, os seus representantes e coordenadores do projecto, no decurso das negociações, invocaram perante os autores movimentarem-se dentro dos parâmetros definidos pelo Regulamento do CMVM e, ainda, disseram ter uma comunicação verbal de aprovação do Banco de Portugal (tendo a ré divulgado publicamente tais informações), o que ajudou a criar nos autores a convicção firme e inabalável da solidez do projecto e do adequado enquadramento na legislação nacional”*; *“Só essa confiança,*

---

<sup>3981</sup> Acerca da tutela do consumidor de produtos financeiros, em especial o RGIC, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob. cit., pp. 283 e seguintes.

*sucessivamente alimentada pelo réu, determinou a conduta dos autores que se considerou provada, no sentido da implementação e desenvolvimento da actividade a contratualizar com a autora com a configuração negocial que foi válida para ambas as partes até à mencionada instrução do Banco de Portugal".* Donde se concluiu ser evidente que o banco *"violou os deveres de informação e lealdade nos preliminares contratuais"*<sup>3982</sup>, tendo a obrigação de reparar os danos causados.

Com efeito, parece-nos que tal menção seria necessária, nos seguintes moldes:

- a) Quanto ao artigo 165.º, no que concerne às declarações do diretor da divisão de agentes financeiros do banco em Espanha, enquanto membro de um órgão social;
- b) Quanto ao artigo 800.º/1, na medida em que as negociações foram levadas a cabo por funcionários do banco.

E tal solução seria, a nosso ver, a mesma, quer se considerasse estar diante de responsabilidade obrigacional, quer numa situação enquadrável na *terceira via* da responsabilidade civil, já que mesmo nessa hipótese seria de aplicar, ao cumprimento dos deveres, o regime obrigacional.

XI. No caso decidido pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 28.09.2010<sup>3983</sup>, considerou-se que os bancos são civilmente responsáveis nos termos dos artigos 165.º e 500.º do CC, pelos danos sofridos pelos clientes com a atuação ilícita dos seus funcionários, não obstante não ter sido dado provimento ao recurso, por se entender que inexistia qualquer dano dos clientes no caso em apreço.

O caso era o seguinte: os clientes eram orientados e aconselhados pelo gerente do banco, que indicava quais os produtos disponíveis e aconselhava aqueles que produziam maior rentabilidade. Na sequência disso, o referido gerente aconselhou o investimento num produto inexistente (com uma taxa de rentabilidade esperada de 14%, enquanto a taxa máxima do mesmo produto era

---

<sup>3982</sup> Acerca do tema, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob. cit., pp. 367 e seguintes.

<sup>3983</sup> Processo n.º 306/04.0TBSEI.C1, Relator Gonçalves Ferreira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

de cerca de 3,5%). Além disso, o referido gerente impediu o “levantamento” daquela quantia num momento em que os clientes necessitavam de liquidez, tendo aconselhado a constituição de um mútuo bancário. Temos, então, dois tipos de atos:

- a) O aconselhamento em determinado produto, afinal inexistente;
- b) A celebração de mútuo.

Para o Tribunal, a responsabilidade em causa era extracontratual, porquanto *“A subscrição das supostas Obrigações do Tesouro não constitui verdadeiro contrato bancário, susceptível de vincular o réu”*, pelo que se verificam em princípio os requisitos da obrigação de indemnizar a cargo do comitente – simplesmente neste caso não haveria dano. Assim, o Tribunal sublinhou que *“O tema que seria, porventura, de mais melindrosa dificuldade, ou seja, o regime legal a aplicar, que, na sentença, se considerou ser o da responsabilidade civil extracontratual objectiva, nos precisos termos do artigo 500.º do Código Civil, e não o da responsabilidade contratual derivada do incumprimento, não deu azo a discordâncias”*. Sendo que, na perspectiva do Tribunal, *estava afastada a responsabilidade negocial por incumprimento, fundada nos artigos 762.º e seguintes e 800.º do CC*, por esta pressupor um vínculo obrigacional, que aqui inexistiria.

Nesta medida, os autores pretendiam a indemnização correspondente ao cumprimento dos contratos bancários – ou seja, a taxa de rendibilidade prometida pelo gerente. O que o tribunal recusou, por considerar não haver qualquer dano, antes pelo contrário, já que teriam recebido montantes superiores aos que teriam obtido com o investimento lícito do dinheiro.

Parece-nos que também aqui o problema deveria ter sido solucionado numa perspectiva de culpa *in contrahendo*: se fosse o devedor, diretamente, a atuar, ele seria responsável por violação dos deveres de informação e lealdade perante o cliente. Do mesmo modo, tendo a atuação sido proveniente de um seu auxiliar, teria o banco de responder, a nosso ver, com base nos artigos 227.º e 800.º/1 do CC.

XII. No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6.10.2009<sup>3984</sup>, foi apreciada a seguinte questão: o diretor de balcão de um banco, servindo-se de tais funções, prometeu a vários clientes taxas de juro muito elevadas, em contrapartida de *supostas aplicações em sucursais do banco no estrangeiro*. Uma vez recebidos os valores dos clientes, entregou-lhes documentos forjados e utilizou as quantias em proveito próprio. O banco devolveu aos clientes a totalidade do capital investido, mas não os juros que haviam sido prometidos pelo funcionário. Aderindo ao entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela, o tribunal considerou que se estava diante de responsabilidade do comitente, prevista no artigo 500.º do CC, sendo necessário que o ato fosse praticado pelo comissário no exercício das suas funções, numa aceção de causalidade adequada, aplicada à responsabilidade pelo risco, que carecia, para esse efeito, da verificação de vários nexos:

- a) Nexo local e temporal com o exercício da função;
- b) Nexo instrumental, na medida em que o ato tem de ser praticado ou facilitado pelo exercício das funções;
- c) Nexo teleológico, ou seja, atos praticados no interesse do comitente.

O problema surge porque o ato foi praticado com abuso de funções, para fins pessoais do comissário. Por isso, é necessário procurar o *“justo equilíbrio entre o interesse da pessoa colectiva ou do comitente, por um lado, e o interesse do lesado, por outro”*, sendo a doutrina unânime em considerar que uma sociedade responde pelos atos dolosos dos seus agentes, praticados com fins pessoais, porquanto tal ato só é possível por causa das funções que lhes estão confiadas: assim, o ato considera-se *formalmente* praticado no exercício da função, embora seja praticado com um fim estranho a ela.

No que concerne especificamente à atividade bancária, entendeu-se que, *“dada não só a desproporção dimensional dos contraentes, como também as regras próprias do comercio do bancário, v.g. o sigilo profissional, entre outros fatores, que impelem os clientes dos Bancos a confiar em quem administra e guarda as suas aplicações; daí que não é lícito ao Banco pretender exonerar-se de responsabilidade, por*

---

<sup>3984</sup> Processo n.º 642/04.5TBSEI.C2, Relator Falcão de Magalhães, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*prática de actos ilícitos, praticados pelos seus agentes, colaboradores ou auxiliares, desde que tais actos se emoldurem no quadro do exercício profissional da sua actividade e exprimam actuação ilícita”.*

Relativamente à distinção entre a responsabilidade prevista no artigo 500.º e no artigo 800.º do CC, o Tribunal afirmou: *“Saliente-se, por outro lado, que à colação não é de trazer, no presente caso, a norma do art.º 800º, n.º 1, do CC, já que a mesma versa os actos dos representantes legais ou auxiliares que o devedor utilize no cumprimento das obrigações, tendo como pressuposto, pois, uma vinculação contratual anterior”.*

Também aqui nos parece que o problema poderia ter sido analisado de um outro ponto de vista, trazendo à colação os deveres de informação e lealdade que impendem sobre o devedor. Neste caso, é verdade que o banco não chegou a contratar, mas um seu auxiliar fê-lo, em seu nome, ainda que com inobservância das instruções recebidas por parte do banco. Pelo que, mesmo tratando-se de um ato doloso, com fins pessoais, ainda assim nos parece que se trata de responsabilidade cuja solução passa pelo art. 800.º/1, eventualmente articulado com o art. 227.º do CC.

XIII. Um caso idêntico foi o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 13.4.2011<sup>3985</sup>, em que os autores pretendiam, precisamente, ver aplicado o regime da responsabilidade obrigacional do banco pelos atos do funcionário. Neste caso, o funcionário fingiu vender um conjunto de produtos financeiros, com taxas de juro aliciantes, que eram inexistentes, pretendendo os autores o pagamento dos juros prometidos, ou seja, o cumprimento dos referidos “contratos”, tendo para tal invocado o disposto nos artigos 798.º e 800.º do CC. Ficou demonstrado que os investimentos ocorreram *“por iniciativa e por aconselhamento”* do funcionário, quer enquanto este era inicialmente funcionário do balcão de Seia, quer posteriormente à sua transferência para outros balcões. Este funcionário foi entretanto promovido a diretor de balcão, tendo apenas sido descoberto anos mais tarde que o mesmo utilizava em seu

---

<sup>3985</sup> Processo n.º 642/04.5TBSEI.C2.S1, Relator Alves Velho, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

proveito aqueles valores que lhe eram confiados pelos clientes e aos quais entregava documentos por si forjados.

Relativamente à natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade do banco, o STJ considerou:

- a) Não se questiona a possibilidade de uma pessoa coletiva, designadamente um banco, incorrer em responsabilidade obrigacional perante terceiros, por atuações imputáveis aos seus órgãos, representantes ou mandatários;
- b) Quando o ato emane de um representante *orgânico*, trata-se de uma atuação da própria pessoa coletiva, nos termos do artigo 163.º CC;
- c) Quando, ao invés, se trate de um representante voluntário, ou outras pessoas, sendo aplicáveis os artigos 258.º e seguintes do CC, caso haja representação, ou o artigo 800.º do CC, em caso de não cumprimento duma obrigação.

Portanto, num caso a pessoa coletiva responde por um ato próprio; no outro, responde por fato de outrem. Ora, para se poder aplicar o regime dos artigos 258.º e seguintes, seria necessário que o funcionário gozasse dos poderes de representação bastantes para vincular o banco, havendo, nesse caso, uma obrigação eficazmente assumida por este. O que nunca poderia acontecer neste caso, porquanto os poderes de representação nunca podem incluir o poder de realizar atos ilícitos. Acresce ainda que, sendo o banco uma sociedade comercial, prossegue fins lícitos, estando naturalmente excluídos os atos de outra natureza, pelo artigo 409.º do CSC. Concluindo, *“os negócios concluídos pelo EE com o pai dos Recorrentes, relativamente às «aplicações financeiras» em que aquele agiu com o objectivo, conseguido e concretizado, de apropriação dos correspondentes fundos, aplicações que não tinham equivalência ou reconhecimento na instituição bancária supostamente representada, designadamente em termos remuneratórios, sendo, nessa justa medida, alheios ao seu interesse e vontade negociais, não podem integrar, relativamente à ré-banco, contratos bancários vinculativos”*. Não se aplicando, por

isso, na perspectiva do STJ, o artigo 800.º do CC, que *“pressupõe, sempre, a preexistência de um vínculo obrigacional entre dois sujeitos”*<sup>3986</sup>.

Decisão que também contestamos, por entender, uma vez mais, que a solução passaria pela aplicação do art. 800.º/1 do CC, com os argumentos já invocados.

XIV. Pode ainda ser referido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.4.2008<sup>3987</sup>, muito embora neste caso se tenha concluído pela inexistência de responsabilidade por parte do banco. O caso era o seguinte: o cliente propôs ao banco o desconto de uma letra, tendo o banco assumido, através de um funcionário, que tal iria ser feito. Contudo, o desconto careceu de aprovação comercial pelo banco, o que teve algumas delongas, considerando o cliente que perdeu a oportunidade de investir em ações devido a tais “atrasos”, situação que seria imputável ao banco e que por isso pretendia ver indemnizada. Ficou provado que o gerente do banco comunicou ao autor que *“o banco descontaria a letra, contra a obrigação de 50% do valor do desconto ficar a caucionar o crédito concedido”*. Contudo, também se provou que o cliente contrapropôs uma garantia diversa, o que levou a que a operação tivesse de ser reapreciada. Assim, não se podia falar aqui em atuação ilícita do banco, já que o autor bem sabia que a nova proposta iria carecer de nova aprovação comercial. Para além disso, não foi demonstrado que o banco se tivesse obrigado perante o cliente a creditar a sua conta numa determinada data.

XV. A doutrina discute em especial estes casos, uma vez que o funcionário do banco atua dolosamente, no seu proveito próprio.

Na Alemanha, Wolfgang Krüger considera que ao banco deve ser imputado o comportamento faltoso do funcionário, pelo § 278 do BGB, ainda

---

<sup>3986</sup> Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob. cit., p. 405, o banco responde por estes atos dos seus empregados, *“particularmente do trabalhador infiel que faça suas importâncias recebidas do cliente”*.

<sup>3987</sup> Processo n.º 0736538, Relator Carlos Portela, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



que este haja atuado com dolo, uma vez que mesmo nessa hipótese não se pode entender que o tenha feito *apenas por ocasião* do exercício de funções<sup>3988</sup>.

No Direito anglo-saxónico, parece ser admitido que o *master* responde por este tipo de atos cometidos pelo *servant*, nos termos delituais. Ou seja, responde tanto por *wrongs*, como por *fraud*, desde que seja cometido pelo funcionário no exercício das suas funções<sup>3989</sup>. Assim, no caso *Barwick v. English Joint Stock Bank* esta responsabilidade foi estabelecida, ainda que neste caso tenha sido afirmado que a responsabilidade dependia de o comitente ter beneficiado com o ato do comissário<sup>3990</sup>. Este entendimento terá sido ultrapassado no caso *Loyd v. Grace, Smith & Co.*, entendendo-se agora que o comitente responde, ainda que o comissário tenha sido o único beneficiário<sup>3991</sup>. Neste caso, o comitente foi considerado responsável pela atuação do seu funcionário, que convencera um cliente a transferir-lhe património, do qual dispôs em seu próprio benefício, tendo o Tribunal decidido que o comitente responde pela conduta fraudulenta do comissário se a conduta deste se inserir nas finalidades da autoridade do próprio funcionário. Portanto, noutros casos poderá não responder, como no caso *Slingsby v. District Bank*, em que o banco não foi responsabilizado pela falsificação de um cheque por um advogado que estava a assistir os autores num determinado investimento, sendo o banco acusado por ter pago o cheque. No entanto, não fazia parte das atividades usuais do advogado preencher cheques.

A responsabilidade do *master* é objetiva, ou seja, não depende da prática de um ato ilícito deste<sup>3992</sup>.

A nosso ver, como já foi dito, o problema é ainda de natureza obrigacional, ainda que muitas vezes se situe no âmbito da culpa *in contrahendo*, na medida em que, mesmo nessas hipóteses, o regime a aplicar será o dos artigos 798.º e seguintes do CC.

---

<sup>3988</sup> WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, ponto 37.

<sup>3989</sup> Assim, AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 145.

<sup>3990</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 146.

<sup>3991</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 146.

<sup>3992</sup> AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, ob. cit., p. 149.

Também se coloca problema idêntico a propósito dos deveres pós-contratuais se discute a natureza da responsabilidade<sup>3993</sup>. Parece-nos que também aqui se trata de verdadeiras obrigações, donde a responsabilidade, a existir, será nos termos dos artigos 798.º e seguintes, podendo igualmente ser aplicado o artigo 800.º/1 do CC<sup>3994</sup>.

---

<sup>3993</sup> Sobre o tema, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias, ob. cit., pp. 61 e seguintes.

<sup>3994</sup> Sobre a questão, também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 326 e seguintes.

## D - FUNDAMENTAÇÃO

### Teorias em torno da responsabilidade objetiva do devedor por fato de terceiro

I. O primeiro ponto a debater neste âmbito será o de saber se *todos os casos de responsabilidade por fato de outrem têm o mesmo fundamento*. Existirá unanimidade de fundamentação<sup>3995 3996</sup>?

Em sentido manifestamente oposto, Carneiro da Frada afirma a diferente fundamentação da responsabilidade do comitente prevista no artigo 500.º e a do devedor nos termos do artigo 800.º, referindo, inclusivamente, que aquela surge “*envolta num enigma*”, porquanto “*não é nada evidente que a comissão constitua, por si só, uma especial fonte de perigos para terceiros e que deva, nesses termos, ser compensada por uma responsabilidade sem culpa*”<sup>3997</sup>. Para este Autor, enquanto na responsabilidade aquiliana o sistema é marcado pela autonomia e independência, na responsabilidade obrigacional há um regime de risco, com

---

<sup>3995</sup> Neste sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 345, considerando que “*Debe rechazarse, por tanto, de antemano, la tentación de partir apriorísticamente de una única fundamentación de la responsabilidad contractual indirecta*”.

<sup>3996</sup> Cf. também ALEXANDRE SOAREC, *La responsabilité contractuelle pour autrui*, ob. cit., pp. 53 e seguintes.

<sup>3997</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 304, onde sublinha que o brocardo *ubo commoda, ibi incommoda* não se pode aplicar fora do âmbito do cumprimento das obrigações, em especial num sistema como o português, em que a responsabilidade pelo risco é excecional e assenta na tipificação de casos. O Autor compara ainda o artigo 500.º com o artigo 493.º, sublinhando que em relação às atividades perigosas a lei se limita a criar uma responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa, não fazendo sentido que quanto à comissão a responsabilidade seja objetiva e, por conseguinte, mais agravada. Criticando ainda a tese segundo a qual o comitente seria o garante do pagamento da indemnização por parte do comissário (p. 306), invocando que, se assim fosse, então deveria igualmente ser responsável pelos danos causados pelas coisas da empresa ou pela atividade empresarial em si, o Autor pronuncia-se a favor da relação de subordinação existente entre comitente e comissário, enquanto fundamento do artigo 500.º (p. 307). Aliás, na perspetiva de Carneiro da Frada, é precisamente o fato de a responsabilidade do devedor abranger a atuação de auxiliares autónomos e independentes que explica a diversidade de funções prosseguida pelo artigo 500.º e pelo artigo 800.º (p. 310).

uma maior oneração dos participantes com o “risco da conduta das pessoas que agregam a si para satisfazer os seus compromissos e objetivos”<sup>3998</sup>.

II. A relevância da fundamentação da responsabilidade obrigacional por fato de outrem é a base para uma correta aplicação do seu regime jurídico.

Afastada *ab initio* deverá ser a teoria que fundamenta a responsabilidade na presunção de culpa do agente, ainda que em tempos defendida por autores de renome, como Pothier e Giorgi, na medida em que nesse caso se estaria diante de responsabilidade direta, por fato próprio, situação que seria completamente diferente.

III. Como já foi referido, os Motivos atribuem três justificações à norma contida no § 278 BGB<sup>3999 4000</sup>:

- a) O devedor utiliza os terceiros no seu próprio interesse e a seu próprio risco;
- b) O devedor que se obrigou a cumprir a obrigação assumiu o dever de atingir um resultado;
- c) A promessa de realização da prestação contém uma garantia tácita do fato de terceiros que concorrem na execução.

IV. A teoria do resultado assenta na natureza da obrigação e é baseada no contrato de prestação de serviços, em que o prestador assume, precisamente, a obrigação de atingir um determinado resultado. Deste modo, caso este não seja alcançado, o devedor é sempre chamado a responder perante o credor, não podendo invocar falta por parte dos seus auxiliares, já que estes são estranhos ao vínculo que estabeleceu com o credor<sup>4001</sup>.

---

<sup>3998</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, ob. cit., p. 306.

<sup>3999</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., pp. 276 e 277.

<sup>4000</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 267 e seguintes.

<sup>4001</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 457.

Esta tese considera que há que atender à natureza *do contrato*, uma vez que o devedor só pode recorrer a auxiliares naqueles contratos em que o credor não tenha interesse numa execução pessoal<sup>4002</sup>. Não se trata, tanto quanto nos parece, do contrato, mas antes da natureza da obrigação. Neste ponto, Ferrara faz uma analogia entre as prestações fungíveis e as obrigações genéricas, considerando que *“il debitore d’un genus deve prestarlo di media qualità e bontà, analogamente chi deve una forza di lavoro generica deve prestarla tale che adoperi la necessaria cura nell’esecuzione tecnica dell’opera”*<sup>4003</sup>. Contudo, ainda assim, este Autor rejeita esta tese, considerando que o devedor não se obriga a prestar um força de trabalho, obriga-se tão-só a realizar a prestação<sup>4004</sup>.

Contestando este primeiro fundamento, Becqué considera que não é somente no seu próprio interesse que o devedor utiliza os auxiliares, mas também no interesse do credor, para que a prestação o satisfaça plenamente, pois atendendo à divisão do trabalho provavelmente isso não aconteceria se fosse exclusivamente realizada pelo próprio devedor<sup>4005</sup>. No mesmo sentido, entre nós, Jaime Gouveia refere que a perfeição da obra também é do interesse do *accipiens*, donde não se poder afirmar que o interesse na utilização de auxiliares é exclusivo do devedor, correspondendo antes a uma necessidade económica<sup>4006</sup>.

V. Ainda quanto à segunda fundamentação, se o que estivesse em causa fosse tão-só o dever de alcançar um determinado resultado, então deveria o devedor responder por qualquer caso fortuito, e não apenas pelos fatos dos seus auxiliares<sup>4007 4008</sup>.

Nesta linha de argumentação, Ferrara considera que a justificação atinente à obrigação de resultado é *artificial*, porquanto qualquer obrigação,

---

<sup>4002</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 460.

<sup>4003</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 460.

<sup>4004</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 461.

<sup>4005</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 277.

<sup>4006</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., pp. 415 e 416.

<sup>4007</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 277.

<sup>4008</sup> No mesmo sentido, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 416.

independentemente da sua natureza, tem sempre implícita uma garantia de um *resultado*, e, se fosse assim, então deveria o devedor responder também pelos casos de força maior, já que também estes o impedem de alcançar o resultado<sup>4009</sup>. Pelo contrário, mesmo no contrato de prestação de serviços, o prestador pode liberar-se da sua obrigação, invocando um impedimento de força maior<sup>4010</sup>. Não obstante, parece ir nesta linha de raciocínio a opinião de Kupisch, ao afirmar que quem promete uma prestação deve a própria prestação, e não a prestação alheia, de forma que o credor só pode contar com a exigência da prestação do próprio devedor: se o devedor pode recorrer a auxiliares, aproveitando-se das vantagens económicas que daí decorrem, então também tem de estar de acordo com o consequente alargamento do âmbito da sua responsabilidade<sup>4011</sup>.

VI. Uma decorrência desta tese parece ser a dos autores que justificam a responsabilidade por fato de outrem com base na *similitude entre as pessoas que o devedor utiliza no cumprimento e os instrumentos de que se serve nesse mesmo cumprimento*<sup>4012</sup>, referida anteriormente a propósito da responsabilidade do devedor pelas coisas que utiliza no cumprimento.

Esta tese é fortemente criticada por Ferrara, para quem apenas pode valer como metáfora ou imagem, não constituindo de forma alguma um argumento de ordem jurídica<sup>4013</sup>. Até porque, como salienta este Autor, mesmo no caso de defeito dos instrumentos, o Direito romano só responsabilizava o devedor pela culpa na sua escolha<sup>4014</sup>.

VII. A terceira tese corresponde à ideia de uma *promessa de resultado ou garantia contratual*, sendo defendida por: assenta na ideia de que o devedor que

---

<sup>4009</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 436, 457 e 458.

<sup>4010</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 458.

<sup>4011</sup> BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen* (§ 278 BGB), em *Juristische Schulung*, ob. cit., p. 819.

<sup>4012</sup> Sobre o tema, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 436 e seguintes.

<sup>4013</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 436, 468 e 469.

<sup>4014</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 436 e 437.

recorre a auxiliares assume, tacitamente e diante de terceiros, uma garantia em relação à sua atuação<sup>4015</sup>.

Haveria aqui que distinguir entre duas situações diversas:

- a) Se, atendendo à natureza da obrigação, o devedor pode, sozinho, cumprir e opta por recorrer a auxiliares, responde pela sua atuação;
- b) Se pelo contrário ele sozinho não consegue cumprir, tendo de recorrer a auxiliares, só responde pela própria atuação<sup>4016</sup>.

VIII. No que concerne a esta *obrigação de garantia tácita*, segundo Becqué, não se trata de mais do que uma ficção<sup>4017</sup>: *“on suppose une volonté qui n'existe pas: car comment admettre que le débiteur, qui use de la faculté légale d'appeler des auxiliaires, veuille, contrairement à ses intérêts, assumer une responsabilité de leur fait en faveur de son cocontractant, c'est-à-dire de son adversaire dans la lutte économique?”*<sup>4018</sup>.

Para este Autor, em contrapartida, deve simplesmente entender-se que se trata de uma responsabilidade emergente da própria lei e não de uma pretensa e inexistente vontade do devedor<sup>4019</sup>. É, assim, a lei, no interesse geral, que impõe a responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares, o que incentiva a uma escolha mais exigente por parte do devedor, bem como uma vigilância mais ativa<sup>4020</sup>.

Deste ponto de vista, a responsabilidade do devedor surge como uma necessidade económica<sup>4021</sup>: *“Le débiteur doit donc supporter le risque de l'inexécution par le fait de ses auxiliaires: ce risque se réduit pour lui à un «passif» de*

---

<sup>4015</sup> Neste sentido, cf. ANTONIO SCIALOJA, *Studi di Diritto Privato*, Roma, Bernardo Lux Editore, 1906, pp. 60 e seguintes. O Autor afirma que a relação obrigacional, *“come tutti gli altri rapporti giuridici tendono almeno virtualmente ad evitare o a riparare un danno altrui e ad assicurare così la convivenza sociale”*.

<sup>4016</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 464.

<sup>4017</sup> No mesmo sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 395.

<sup>4018</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 281.

<sup>4019</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 281.

<sup>4020</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 283.

<sup>4021</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 405.

*l'entreprise, il est la contre-partie de l'élargissement d'activité économique que ses auxiliaires lui procurent*"<sup>4022</sup>.

Nesta mesma linha, Jaime Gouveia considera que esta fundamentação é arbitrária, na medida em que *"supõe uma intenção que não existe"*<sup>4023</sup>.

IX. Também Ferrara afirma que esta tese assenta numa vontade do devedor que, em bom rigor, não existe<sup>4024</sup>, até porque quando recorre a auxiliares o devedor exerce um poder jurídico lícito, pelo que seria contrário assumir uma responsabilidade que vai contra este interesse e a favor do seu adversário na obrigação<sup>4025</sup>.

Tal como Becqué, Ferrara considera que estamos diante de uma garantia, mas que provém da lei e que *"è necessario di renderei l debitore incondizionatamente responsabile per gli ausiliari"*, o que irá contribuir para uma mais severa escolha dos seus colaboradores e uma maior vigilância<sup>4026</sup>.

X. Acolhendo estes entendimentos, não nos parece haver fundamento para esta distinção. Independentemente das capacidades do devedor, a possibilidade de recorrer a auxiliares, das duas uma: ou é lícita, ou não é<sup>4027</sup>. Se o for, a responsabilidade pelos seus atos deve ser afirmada. E, acrescentamos, se uma obrigação, pela sua natureza, não puder ser cumprida pelo devedor, podem levantar-se outros problemas, designadamente a nível de impossibilidade originária da prestação.

---

<sup>4022</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, ob. cit., p. 284.

<sup>4023</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 416.

<sup>4024</sup> Também HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1032, consideram que esta tese implica supor uma vontade das partes que estas nem sempre terão, ainda que a possam, por vezes, ter.

<sup>4025</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 462.

<sup>4026</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 403 e 463. Também na p. 437, onde afirma que este princípio visa *"soddisfare ai bisogni della vita ed alla bona fides commerciale (...) e che tale principio storicamente si ricollega ad un sistema più generale di responsabilità che sebbene soppresso e soffocato dall'evoluzione posteriore, pure non manca di ricomparire ed affermarsi"*.

<sup>4027</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 464.



Próxima desta orientação parece ser a formulação de Benucci, para quem a *ratio* fundamental da responsabilização por fato de outrem reside na tutela do terceiro prejudicado face a uma possível insolvência do autor do dano<sup>4028</sup>.

XI. Em Portugal, embora não referindo expressamente adotar esta tese, Carneiro da Frada considera que “*O tráfico negocial postula assim irrecusavelmente a garantia do devedor pelo adequado desempenho dos terceiros de que se serve.*”. Não obstante a afirmação, o Autor parece reconduzir a responsabilidade ao risco: “*Por outro lado, a utilização dos auxiliares aumenta o raio de acção negocial (geschäftlicher Wirkungsbereich) do devedor, sendo justo que este não possa lançar sobre o credor os correspondentes riscos, tanto mais que os poderá calcular e controlar em larga medida. A mobilização de terceiros e a sua introdução no programa obrigacional onerá-lo-á deste modo como risco da sua actividade.*”<sup>4029</sup>.

## XII. Teoria da “representação” na prática de atos materiais

Alguma doutrina procura fundamentar a responsabilidade do devedor por fato de outrem na ideia de representação, ou seja, de que o auxiliar iria atuar em nome e por conta do devedor<sup>4030</sup>. Assim, a culpa do auxiliar traduz, representativamente, a culpa do devedor representado, ou, pelo menos, perante o credor, a atuação culposa do auxiliar vale como se fosse uma atuação culposa do próprio devedor<sup>4031</sup>.

---

<sup>4028</sup> EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, ob. cit., p. 227.

<sup>4029</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., ob. cit., p. 212.

<sup>4030</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 381 e seguintes, considerando que se trata da orientação subjetiva que apresenta um maior refinamento do ponto de vista técnico.

<sup>4031</sup> Pronuncia-se a favor desta tese G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, *Colpa contrattuale*, ob. cit., p. 454: “(...) col sostituirsi altri nel compimento di un atto che si vuol effettuare nel proprio interesse, o nel godimento di un diritto stipulato per sè, ma cui sai pur congiunta l'osservanza di determinate obbligazioni, il sostituente, senza porre in essere col costituito un vero e proprio rapporto di rappresentanza, o anche senza volerne porre in essere alcuno, fa giuridicamente per sè quel che fa per mezzo di altri. (...) È dunque il fatto della rappresentanza che determina la responsabilità del sostituente: il quale col sostituire ha posto in essere un fatto personale suo per cui il sostituito si trova soggetto alla sua dipendenza, ond'è determinata la rappresentanza ch'è ragione della responsabilità osservata.”. Em crítica, LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, p. 403, considerando artificioso ver uma representação na relação em que uma pessoa presta um serviço a outra.

Deste modo, a responsabilidade por fato dos auxiliares assentaria numa espécie de representação de fato, para a prática de atos materiais (*Vertretungstheorie*)<sup>4032</sup>. São apoiantes deste entendimento os irmãos Mazeaud: “*la faute contractuelle du représentant devient faute contractuelle du represente, Le fondement de la responsabilité du débiteur represente doit être cherché dans la confusion de sa personnalité avec celle de son représentant*”<sup>4033</sup>. Assim, “*un lien de représentation est donc nécessaire entre le débiteur contractuel et la personne dont il répond*”<sup>4034</sup>.

Os Autores invocam o disposto no artigo 1147.º CCF, nos termos do qual

*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*

Como este regime seria apenas aplicável às obrigações de resultado, daí resultaria que a demonstração de caso fortuito como causa liberatória do devedor seria restrita a este tipo de obrigações. Assim, para fundamentarem um princípio de responsabilidade obrigacional do devedor pelos atos dos auxiliares, extensível também às obrigações de meios, os Mazeaud sustentaram a teoria da representação.

Contudo, mesmo estes Autores reconhecem que não existe um fundamento único para todos os casos de responsabilidade obrigacional por fato de outrem... Assim, por exemplo, tratando-se do recurso a substitutos, encontram este fundamento na própria vontade das partes, e não já na ideia de representação<sup>4035</sup>.

---

<sup>4032</sup> Em crítica, ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle...*, p. 264, considera que a ideia de representação vale somente como metáfora, já que os terceiros não assumem uma posição autónoma perante o credor, por isso nunca se poderiam considerar representantes.

<sup>4033</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., p. 1032.

<sup>4034</sup> HENRY MAZEAUD / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, ob. cit., p. 454, acrescentando que tudo se passa como se o ato do representante fosse o ato do próprio representado.

<sup>4035</sup> HENRY MAZEAUD / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, ob. cit., pp. 1034 e 1035, lamentando

XIII. Independentemente da crítica que será efetuada, não podemos deixar de assinalar que a teoria da representação tem alguma proximidade com o texto legal: o teor do artigo 800.º/1 CC, assim como o fazem as restantes legislações, revela-nos que o devedor responde *como se a atuação do auxiliar fosse própria*, donde parece resultar uma certa imputação da atuação do auxiliar ao devedor, técnica que é efetivamente similar ao que se verifica na representação<sup>4036</sup>.

Na verdade, ao analisar a existência de cumprimento ou não, o intérprete irá examinar a atuação do auxiliar, *como se esta fosse do próprio devedor*, situação que muito se assemelha da representação, já que a atuação do auxiliar *produz efeitos na esfera jurídica do principal*.

Por outro lado, estando em causa o cumprimento, e, sendo discutida a natureza jurídica deste, sempre se terá de admitir, para aqueles que sustentem que se trata de um *ato de natureza negocial*, que a representação poderia ser admitida... Aliás, mesmo que se considere que se trata de um mero ato jurídico, sempre o regime dos negócios jurídicos lhe será aplicável, *ex vi* artigo 295.º CC<sup>4037</sup>.

Contudo, apesar destas similitudes, a teoria da representação parece-nos claramente de rejeitar.

Desde logo, porque confunde dois fenómenos diversos entre si, que são, por um lado, a possibilidade de alguém atuar em nome de outrem na realização de atos jurídicos, e, por outro, a faculdade de o devedor encarregar outrem da execução duma obrigação. Do ponto de vista estrutural, as situações jurídicas

---

até, na nota 16, que não haja uma ideia única de responsabilidade obrigacional por fato de outrem.

<sup>4036</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 392, afirma que “*en la teoría representativa hay un fondo de verdad: en la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares hay, ciertamente, una imputación jurídica de los efectos de la conducta de una persona (el tercero-auxiliar) a outra distinta (el deudor/principal). Lo que conduce a un innegable paralelismo entre responsabilidad del deudor por sus auxiliares y representación*”.

<sup>4037</sup> Neste sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 384, questiona: “*por qué habría de creerse como un dogma de fe que la representación no cabe en los actos jurídicos que no tengan carácter negocial?*”.

são substancialmente diferentes: o representante, legal ou voluntário, tem o poder de atuar em nome do representado, podendo ou não fazê-lo, numa situação jurídica que se apresenta indiscutivelmente ativa; o auxiliar, podendo ter ou não a obrigação de praticar o ato, é incumbido pelo devedor de praticar um ato de execução duma obrigação.

Ora, daqui resulta que, enquanto o procurador pode ou não atuar, o auxiliar é introduzido no esquema de cumprimento<sup>4038</sup>. Isto, naturalmente, sem ignorar que o auxiliar pode, simultaneamente, ser um representante do devedor.

A principal crítica a esta teoria é impossibilidade de adequar o conceito de representação aos atos praticados pelos auxiliares<sup>4039</sup>. Com efeito, a representação é concebida, exclusivamente, para a prática de atos jurídicos<sup>4040</sup>. E, se bem que os auxiliares tanto podem praticar tanto atos jurídicos, como atos materiais, o simples fato de se admitir esta segunda possibilidade torna a teoria da representação inadequada para fundamentar a responsabilidade do devedor. Assim, parece-nos de refutar a ideia, também sustentada por Chironi, para quem *“fa giuridicamente oer sè quel che fa per mezzo di altri”*.

Além de que, com Ferrara, parece-nos indiscutível que não é correto afirmar que os auxiliares são *órgãos* do devedor, nem mesmo considerando esta qualificação em termos figurados<sup>4041</sup>.

#### XIV. Teoria da causalidade

Alguma doutrina aventa que a responsabilidade do devedor resulta da evolução do conceito de culpa, como base da responsabilidade, de tal modo que, em vez de se exigir um nexo de imputação entre o ato e o agente, basta que alguém tenha *ocasionado* um dano a outrem para ter a obrigação de indemnizar,

---

<sup>4038</sup> Cf. também FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 385.

<sup>4039</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 418, refere que os Professores Mazeaud apresentam *“um conceito pouco científico de representação”*, precisamente porque esta não se aplica a atos materiais, e, para além disso, porque os atos do representante geram responsabilidade por fato próprio, e não por fato de outrem.

<sup>4040</sup> No mesmo sentido, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 466.

<sup>4041</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 468.

vista não como uma pena mas em termos meramente patrimoniais<sup>4042</sup> <sup>4043</sup>. Acresce que se defende, nesta orientação, que o devedor responde quer pelos atos do auxiliar no cumprimento da obrigação, quer pelos delitos que haja então praticado, já que foi o devedor quem lhe proporcionou essa oportunidade<sup>4044</sup>.

Para esta orientação, a responsabilidade indireta do devedor assentaria, exclusivamente, num juízo de causalidade: *“el deudor/principal, a través de su voluntario empleo del auxiliar, como causa mediata del daño producido por éste al acreedor”*<sup>4045</sup>. Portanto, há um nexo causal entre o comportamento originário do principal, que atribui certa tarefa ao preposto, e o dano que este acaba por causar a outrem, sendo aquela incumbência causa mediata ou remota deste dano<sup>4046</sup>.

Em forte crítica a esta tese, Ferrara demonstra que a mesma é excessivamente lata, por não diferenciar a causa adequada a provocar o dano, pelo que, se fosse admitida, iria implicar uma restrição inaceitável à autonomia privada, pois todos os atos são aptos, em abstrato, a causar danos a outrem<sup>4047</sup>.

#### XV. Responsabilidade pelo perigo ou teoria da causalidade

Para esta tese, o devedor responde não apenas quando se verifica uma violação do direito do credor, como também quando existe o perigo de tal violação ocorrer, ou seja, quando o prosseguimento de um interesse próprio é suscetível de causar dano a um interesse alheio, contanto que se trate de uma ação relevante ou extraordinária do devedor<sup>4048</sup>.

---

<sup>4042</sup> ADRIANO DE CUPIS, *I fatti illeciti*, Seconda edizione, Milão, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1970, pp. 71 e seguintes.

<sup>4043</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 473.

<sup>4044</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 474.

<sup>4045</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 406.

<sup>4046</sup> ADRIANO DE CUPIS, *I fatti illeciti*, ob. cit., p. 73.

<sup>4047</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 474.

<sup>4048</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 477.

## XVI. Teoria do risco

A teoria do *risco permitido* teve origem no Direito Penal<sup>4049</sup>. O risco resulta da constatação de que a sociedade atual é caracterizada por uma lógica de divisão de tarefas<sup>4050</sup>, todas elas com um certo grau de risco que é, em si mesmo, *tolerável* ou *aceitável*<sup>4051</sup>. Contudo, quando alguém desenvolva “*uma conduta que envolva riscos que ultrapassem a fasquia do socialmente aceitável (ou seja, que vão para além dos riscos normais da vida)*”, deve ser consagrada a responsabilidade por esses mesmos danos<sup>4052</sup>.

A responsabilidade obrigacional por fato de outrem é reconduzida pela maioria da doutrina ao brocardo *ubi commodum, ibi incommodum*: é o devedor que introduz na relação obrigacional terceiros, devendo por isso suportar eventuais efeitos negativos daí resultantes<sup>4053</sup>.

Neste sentido se pronuncia Brandão Proença: em caso de utilização de terceiros, o devedor “*como que garante ao credor que esses auxiliares serão diligentes no adimplemento do dever assumido e, caso não o sejam, responderá pessoalmente pelos prejuízos causados sem poder desculpar-se com a conduta desses «estranhos»*”<sup>4054</sup>. Para o Autor, o artigo 800.º/1 constitui, no plano obrigacional, a projeção de dois princípios:

- a) *Unidade de responsabilidade*, previsto no artigo 500.º;
- b) *Unidade de autorresponsabilidade*, prevista no artigo 571.º<sup>4055</sup>.

---

<sup>4049</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 93.

<sup>4050</sup> Referindo a empresa como organização do trabalho para a produção, na qual a atuação do trabalhador se insere, juntamente com a atuação dos demais, no desenvolvimento de uma atividade complexa, cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Procedimentos laborais na empresa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 113.

<sup>4051</sup> Acerca da natureza social do Homem e sua influência na ideia geral de Direito, J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Direito*, Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1994, pp. 13 e seguintes.

<sup>4052</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 93.

<sup>4053</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 249.

<sup>4054</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., p. 249.

<sup>4055</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, ob. cit., pp. 249 e 250, considerando que pode dar-se o caso da aplicação cumulativa dos artigos 571.º e 800.º, em caso de utilização de auxiliares pelo credor e pelo devedor, respetivamente. A propósito do artigo 500.º, cf. ainda SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., pp. 37 e seguintes.

Segundo esta orientação, se de um ato incensurável do ponto de vista jurídico – o recurso a auxiliares – surgem consequências danosas, quem deve suportá-las<sup>4056</sup>? Naturalmente que só pode ser o próprio devedor.

XVII. A teoria do risco assenta num princípio básico: quem age no seu interesse, corre o risco dessa atuação, segundo a lógica *eigenes Interesse, eigene Gefahr*. Assim, se tendo embora usado de todo o cuidado na escolha do auxiliar, o devedor acabou por escolher alguém que era negligente, ele não pode imputar esse risco ao credor<sup>4057</sup>. No fundo, assenta na ideia de que alguém que ocupa uma determinada posição jurídica deve suportar um certo risco<sup>4058</sup>.

A tese parece poder ser reconduzida ao postulado romano *Qui sensit commodum debet sentire et onus*, ou seja, aquele que obteve uma vantagem deve, de igual modo, sofrer as desvantagens correspondentes. Trata-se, assim, de uma questão de justiça<sup>4059</sup>, porquanto é aquele que beneficia do trabalho de outro que está em posição de modificar o sistema de organização desse trabalho, de forma a evitar o dano<sup>4060</sup>.

XVIII. Em França, parece ser esta a tese sufragada por Josserand, ao afirmar, a respeito do artigo 1384.º CCF, que “*est une responsabilité sans faute: elle est d’ordre objectif, étant basée sur l’idée du risque: le commettant, par cela même qu’il utilise les services, l’activité d’autrui, crée un risque dont il doit supporter les conséquences; il s’approprie d’avance les actes fonctionnels de son préposé,*

---

<sup>4056</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 469, onde questiona: “*in altri termini, chi agisce senza colpa agisce a proprio rischio od agisce a rischio altrui?*”.

<sup>4057</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 470.

<sup>4058</sup> SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português*, ob. cit., p. 52.

<sup>4059</sup> No Direito anglo-saxónico, GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLÉ, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., p. 133, afirmam: “*it is only right that the employer should compensate for his employee’s torts because he gets the benefit of the service and therefore shoulder the losses*”.

<sup>4060</sup> Corresponde à *deterrence theory*, referida por GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLÉ, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., p. 134, que salientam, contudo, que tal não explica porque se mantém a responsabilidade vicária mesmo nos casos em que o dano não pudessem ser evitados com mudança de organização.

*indépendamment de sa propre activité: il en est, quoi qu'il advienne, l'éditeur responsable*"<sup>4061</sup>.

XIX. Parece ser igualmente esta a tese sufragada por Jordano Fraga, ao afirmar que *"el fundamento de la responsabilidad contractual indirecta es objetivo: es decir, ésta no se asienta en una culpa personal del deudor y principal (in vigilando, in instruendo, in eligendo), sino en la idea del riesgo: debe soportar los prejuicios de la intervención auxiliar quien voluntariamente la utiliza (libertad de elección/iniciativa personal) y aprovecha sus ventajas"*<sup>4062</sup>.

XX. Afigura-se ser também este o entendimento de Calabresi<sup>4063</sup>: o dano deve recair sobre a pessoa que se encontre em melhor posição de fazer, *ex ante*, uma análise de custos e benefícios, podendo realizar a melhor escolha quanto à sua prevenção<sup>4064</sup>.

A responsabilidade objetiva assenta, assim, na oportunidade de repercutir no património do principal as consequências danosas da atuação do comissário, considerando tal enquanto risco inerente à sua atividade<sup>4065</sup>.

XXI. Também a favor desta tese se parece pronunciar Visintini, ao afirmar que o risco da atividade do auxiliar deve correr por conta do devedor, que dele se serve com vista ao seu próprio benefício, sendo o auxiliar um elemento da organização da empresa, que é escolhido pelo próprio devedor e sendo o credor alheio a tal escolha<sup>4066</sup>.

---

<sup>4061</sup> LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 250.

<sup>4062</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 142.

<sup>4063</sup> GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Tradução de Joaquim Bisbal, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

<sup>4064</sup> GUIDO SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, ob. cit., p. 436.

<sup>4065</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 769.

<sup>4066</sup> GIOVANNA VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ob. cit., p. 639. Contudo, em simultâneo, não deixa de referir a questão da insolvência do auxiliar, tornando necessária a responsabilização do devedor de modo a que o credor não fique lesado.



XXII. Apesar de a teoria do risco ser a que parece acolher a preferência da maioria dos autores, ela não é isenta de críticas. Neste sentido, Ferrara considera-se demasiado genérica e, por outro lado, entende não ser verdade que a utilização de auxiliares apenas beneficia o devedor<sup>4067</sup>. Constitui também uma vantagem para o credor a possibilidade de recorrer a terceiros, quer a nível de especialização das atividades, quer de celeridade no cumprimento, sendo hoje uma necessidade económica.

Apesar de se reconhecer valia a esta argumentação, a verdade é que o benefício para o credor é meramente indireto, já que as vantagens são retiradas diretamente pelo devedor<sup>4068</sup>.

Também Scognamiglio afirma que a tese da responsabilidade pelo risco padece de dificuldades uma vez que é adequada a explicar a imputação do fato empresário em geral, pelo fato do seu dependente, mas não em todos os restantes casos<sup>4069</sup>.

XXIII. Em Portugal, Carneiro da Frada parece aproximar-se deste entendimento, ao recorrer à ideia de exigências do mercado e à necessidade funcional do tráfego negocial. No entanto, parece-nos que este argumento seria mais adequado para sustentar a aplicação do artigo 767.º.

Também se parece pronunciar neste sentido Almeida Costa, acrescentando que ao risco está ainda associado o problema do anonimato do dano. Muitas vezes o prejuízo é imputável não a uma pessoa isolada, mas a um conjunto de homens, enquanto noutras não é possível saber, exatamente, a identidade do causador concreto do dano<sup>4070</sup>. Assim, o Autor inclui-se na teoria do risco, afirmando de forma expressa que esta é uma responsabilidade pelo

---

<sup>4067</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 470 e 471.

<sup>4068</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 442 e 443.

<sup>4069</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, p. 692.

<sup>4070</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 529.

risco, inerente à colaboração das pessoas que o devedor utiliza no cumprimento<sup>4071 4072</sup>.

Já Vaz Serra afirmava que, se o devedor deve uma prestação própria, “*deve uma prestação própria diligente. Se deve a prestação de um terceiro, deve a prestação diligente deste. (...) Mas o que, como acontece correntemente, deve uma prestação que deve ser feita por uma pessoa não determinada previamente, responde pela prestação diligente daquele mediante o qual há-de realizar a prestação.*”<sup>4073</sup>. Portanto, se o devedor pode recorrer a auxiliares, é razoável que responda pela atuação destes porque o devedor é que está obrigado e ao credor não interessam os meios a que o devedor recorre para cumprir, mas apenas que o devedor responda pela “*genuinidade desses meios*”<sup>4074</sup>. No entanto, o Autor considerava ser, pelo menos em parte, diverso o fundamento no caso do representante legal, porque aqui efetivamente o ato do representante é como se fosse o ato do próprio devedor<sup>4075</sup>.

Para Maria Victória da Rocha, o regime do art. 800.º/1 do CC assenta na “*necessidade objectiva de tutela do crédito que na moderna organização económica se faz sentir*”<sup>4076</sup>. Para esta Autora, há dois pontos a atender: por um lado, ao prometer a prestação o devedor suscita a confiança do credor, aceitando implicitamente garantir a atuação dos seus auxiliares; por outro, intervêm considerações de justiça com base no princípio *ubi commodum ibi incommodum*<sup>4077</sup>.

---

<sup>4071</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 1039, e, do mesmo Autor, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, ob. cit., p. 310.

<sup>4072</sup> Neste sentido, também JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, ob. cit., pp. 19 e 20

<sup>4073</sup> Cf. também ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 267 e 268.

<sup>4074</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., pp. 269 e 270.

<sup>4075</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos seus auxiliares...*, ob. cit., p. 283, assinalando, na nota 38-a, que o representante legal representa o devedor mesmo quando pratica um ato culposos, do qual resulte a obrigação de indemnizar, caso contrário o credor ficaria desprotegido.

<sup>4076</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 80.

<sup>4077</sup> MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 81.

XXIV. Para Menezes Leitão, não seria correta a aplicação do regime da extinção da obrigação quando tal se devesse a um ato de um representante legal ou de um auxiliar do devedor, já que *“nestes casos a actuação do terceiro se exerce em benefício ou debaixo do controle do devedor, podendo aquele ser visto como uma longa manus deste”*<sup>4078</sup>. Trata-se, na perspectiva do Autor, de um caso de responsabilidade objetiva do devedor *“que assenta numa equiparação da conduta do auxiliar ou representante legal à conduta do próprio devedor, por forma a evitar que este se pudesse exonerar da sua responsabilidade, imputando àqueles o comportamento que conduziu à violação da obrigação”*, baseando-se assim num critério de risco / dever de garantia<sup>4079</sup>. O Autor acrescenta ainda que, com o recurso a auxiliares, se dilata a capacidade de cumprimento do devedor, parecendo reforçar a ideia de risco, sob pena de, assim não acontecendo, ser enfraquecida a posição do credor, que somente poderia acionar o próprio auxiliar em caso de responsabilidade delitual da parte deste<sup>4080</sup>.

XXV. Por sua vez, Pedro Múrias começa por assinalar a existência de inúmeras limitações da lei à intervenção de terceiros:

- a) Restrições à transmissão de dívidas no artigo 595.º;
- b) Restrições à cessão da posição contratual no artigo 424.º;
- c) Restrições à concessão do gozo da coisa alheia a terceiros no artigo 1038.º, alínea f) e no artigo 1135.º, alínea f);
- d) Artigo 800.º/1;
- e) Artigo 1044.º.

Este Autor parece fazer uma ligação entre o conceito de dever e a liberdade de ação do devedor no cumprimento do mesmo. Assim, afirma que

---

<sup>4078</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 267.

<sup>4079</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 268.

<sup>4080</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., p. 269.

*“o Direito não aceita que estes percam garantias por acto livre do titular do dever”*<sup>4081</sup>. Embora não sendo dito expressamente, parece assim que o artigo 767.º seria a contrapartida da responsabilidade imposta no artigo 800.º/1. Nesta linha, afirma que *“decisivo não é o benefício do devedor com a utilização do auxiliar, mas, mais amplamente, a sua liberdade na introdução de um elemento que não domina”*<sup>4082</sup>. Situação que seria contrária à responsabilidade do comitente, que funda na categoria da responsabilidade pelo risco, com uma consequente função preventiva, enquanto no artigo 800.º estaria presente uma ideia de distribuição do risco de cumprimento de um dever<sup>4083</sup>.

XXVI. À ideia de risco não é alheia a possibilidade de controlo que o devedor na realidade pode ter, muito embora esta seja restrita relação aos auxiliares dependentes. Do ponto de vista técnico, salienta Feliu, *“es el empresario quien mejor conoce los riesgos que derivan de la actuación de sus auxiliares, y quien puede adoptar los mecanismos necesarios para prevenirlos”*<sup>4084</sup>. Como também afirma Coutinho de Abreu, *“é o empresário que dispõe da empresa para atingir os seus fins”*<sup>4085</sup>. Haveria assim uma espécie de responsabilidade pelo círculo de vida – *Lebensbereich*, i.e., por tudo o que se encontrar na esfera própria de conhecimento e influência<sup>4086</sup>.

Neste sentido, na linha de Larenz, Becker utiliza o argumento do benefício, a que acresce a possibilidade de escolha, vigilância e substituição do auxiliar<sup>4087</sup>.

---

<sup>4081</sup> Contra, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 211 e 212.

<sup>4082</sup> Contra, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 212.

<sup>4083</sup> Contra, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 212.

<sup>4084</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 38.

<sup>4085</sup> JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 51.

<sup>4086</sup> Contra, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, p. 194.

<sup>4087</sup> WALTER G. BECKER, *Das Recht der unerlaubten Handlungen*, Berlim, Duncker & Humblot, 1976, pp. 514 e 515.

XXVII. O risco aponta para um sistema de responsabilidade objetiva, também dito de *strict liability*, tem em vista não a punição do agente, mas antes a compensação do dano<sup>4088</sup>.

Neste sentido, pode afirmar-se a existência de um princípio fundamental, de que quem exerce um direito ou uma atividade lícita deve suportar as consequências danosas que daí resultem para o património alheio, do mesmo modo que deveria suportar se tivesse culposamente causado tais danos<sup>4089</sup>. Portanto, quem age no seu próprio interesse, age a seu próprio risco<sup>4090</sup>.

#### XXVIII. A solução nos sistemas de *Common law*

Na *Common Law* há três teorias que procuram explicar a responsabilidade vicária<sup>4091</sup>:

- a) Ideia de justiça: é justo que seja o empregador a responder pelos atos do seu empregado, uma vez que é a ele que cabem, também, as vantagens do recurso a empregados. Esta tese permitiria ainda explicar que o empregador não respondesse quando o empregado atuasse para os seus próprios propósitos e, por conseguinte, extravasando a atividade de que foi incumbido.
- b) A chamada *deterrence theory*, em que se considera o empregador responsável por ser ele quem tem em seu poder a possibilidade de modificação do sistema de organização do trabalho, podendo assim evitar o dano. Todavia, esta tese não permite explicar por que motivo se mantém a responsabilidade ainda que o dano não pudesse ser evitado com tal mudança.

---

<sup>4088</sup> GIULIO PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bolonha, Società editrice il Mulino, 1992, p. 84. Ver também, neste sentido, na p. 100, a afirmação de que na história ocorreu uma evolução de um sistema de responsabilidade civil prevalentemente sancionatório, para um sistema reparatório.

<sup>4089</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, ob. cit., p. 206. Na p. 209, o Autor sublinha que ha certas atividades que, ainda que sendo lícitas e até necessárias, não podem ser exercidas sem sacrifício para direitos alheios, surgindo inevitavelmente um conflito de direitos, em que um deve prevalecer sobre o outro.

<sup>4090</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, ob. cit., p. 210.

<sup>4091</sup> GLANVILLE WILLIAMS / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, ob. cit., pp. 133 e 134.

- c) A teoria do seguro social (*social insurance*), que justifica a responsabilidade vicária pela circunstância de ser o empregador a pessoa em melhor condição para indemnizar o dano, assim se justificando a distribuição do risco.

Relacionado com estes fundamentos encontra-se precisamente o argumento da possibilidade que a empresa tem de contratar um seguro que inclua os danos causados por qualquer um dos seus funcionários, com vantagens a nível patrimonial.

XXIX. Para Ferrara, não há uma fundamentação comum a todos os casos de responsabilidade sem culpa. O Autor mostra-se muito crítico relativamente às orientações anteriores, que procuram explicar a responsabilidade do devedor com base ou em forçadas interpretações do contrato, ou sobre ficções<sup>4092</sup>. E, embora criticando a teoria da causalidade, na sua fase embrionária, considera que a respetiva evolução contribui para o fundamento desta responsabilidade, acolhendo a ideia de que *“l’unica ragione per fondare la responsabilità è questa: come il debitore ritrae un guadagno dall’opera dei dipendenti, così deve sopportare i rischi”*. Porém, ainda assim, trata-se, no seu entender, de uma mera razão filosófica, que não justifica, do ponto de vista jurídico, esta opção da lei<sup>4093</sup>. Assim, quem tiver produzido no estado de coisas uma alteração desvantajosa para terceiros deve assumir as consequências que daí possam advir<sup>4094</sup>.

XXX. Pela nossa parte, não é propriamente de risco que nos parece que se possa falar no artigo 800.º, n.º 1, do CC.

---

<sup>4092</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 479.

<sup>4093</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 479.

<sup>4094</sup> LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispezial a mezzo di animali*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, p. 393. O Autor parece criticar esta tese, por considerar que a mesma está relacionada com uma ideia de causalidade, sendo de difícil determinação quais os perigos previsíveis e os perigos imprevisíveis. A páginas 395, assinala ainda que Unger acaba por reconduzir a justificação da imputação a uma ideia de culpa, pois estabelece uma relação entre o facti danoso e a vontade de quem é o centro da empresa, que, com a sua própria vontade, colocou em movimento uma atividade cujos perigos eram previsíveis, explicação que considera artificiosa.

Na verdade, com Barassi, parece poder afirmar-se que o sujeito deve responder pelos danos a que deu causa, por efeito do exercício de uma força da qual dispõe para satisfazer um interesse próprio<sup>4095</sup>. E não tem necessariamente que ver com risco mas sim com suportar as consequências dos meios que são utilizados pelo agente<sup>4096</sup>. Para este Autor, comitente e comissário aparecem perante o lesado como uma única pessoa, unidade esta que apenas se justifica pelo conceito de interesse<sup>4097</sup>. Interesse assume um significado rigoroso, de interesse lucrativo: aquele que recebe as utilidades de uma unidade patrimonial, que pode ser uma coisa, um animal ou um trabalho<sup>4098</sup>.

Assim, dir-se-ia que o devedor responde porque beneficia com o alargamento das suas possibilidades de ação e porque lucra com a divisão do trabalho<sup>4099</sup>. É certo que, como aponta Pedro Múrias, pode acontecer que o devedor seja chamado a responder mesmo que a intervenção do terceiro não seja por ele *querida*<sup>4100</sup>. No entanto, ainda assim, ele beneficia com ela: o fato de querer ou não a intervenção do terceiro não nos parece relevante, mas antes o fato de efetivamente beneficiar com essa intervenção. Porventura o empreiteiro poderia preferir tratar ele mesmo do sistema elétrico da casa, com os seus conhecimentos precários, e não querer contratar um subempreiteiro especializado. Não obstante, o fato de efetivamente o fazer significa que ele beneficia com a intervenção do auxiliar e/ou substituto (material), isto independentemente de a desejar ou não.

---

<sup>4095</sup> LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, p. 388: “il subbietto economico è responsabile dei danni che hanno origine, in occasione dell’esercizio delle forze di cui dispone pel soddisfacimento del proprio interesse”.

<sup>4096</sup> No entanto, LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, ob. cit., p. 388, parece acabar por fazer a ligação ao perigo: “Che il pericolo debba essere addossato a chi sente il vantaggio è un principio che armonizza col senso naturale di equità”. Refira-se, contudo, que o Autor se pronuncia especificamente sobre a responsabilidade extra-obrigacional.

<sup>4097</sup> LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, ob. cit., p. 404.

<sup>4098</sup> LODOVICO BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, ob. cit., p. 412.

<sup>4099</sup> Contra, PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 194.

<sup>4100</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 194.

## Construção da fundamentação

### *A génese da responsabilidade objetiva*

I. Como já vimos no primeiro capítulo deste estudo, nos primórdios do Direito a responsabilidade era objetiva e coletiva<sup>4101</sup>. No Direito romano, aquela que começou por ser uma responsabilidade moldada em termos objetivos, assente na verificação de um resultado – o dano – transformou-se numa responsabilidade subjetiva, baseada na conduta do agente. Posteriormente, por influência do Cristianismo afirmou-se de forma plena o princípio da culpa.

No entanto, de forma paulatina, começaram também a desenvolver-se formas de responsabilidade objetiva ou *strict liability*<sup>4102</sup>.

Assim, a história mostra-nos que apesar da existência de imputações a título subjetivo, é ainda o princípio da culpa que constitui o traço marcante do sistema de responsabilidade civil.

II. Tal como Cunha Gonçalves assinala, “o princípio tradicional da culpa foi criado pelos jurisconsultos romanos (...) para eximir da responsabilidade penal o infans e o furiosus, porque os romanos jamais conceberam a responsabilidade exclusivamente civil; ainda quando restrita à indemnização de perdas e danos, ela era uma pena, como a wehrgeld ou composição pecuniária, que lhe antecedeu”<sup>4103</sup>. Hoje, naturalmente, essa função punitiva, pelo menos com aqueles contornos, já não se verifica, assumindo a responsabilidade um cariz manifestamente ressarcitório<sup>4104 4105</sup>.

---

<sup>4101</sup> FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 501.

<sup>4102</sup> Assenta na ideia de que uma pessoa pode ser *careful, but still liable*.

<sup>4103</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 360.

<sup>4104</sup> Segundo LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 360, “trata-se apenas de reparar um dano que a vítima sofreu por fato de outrem, sine jure, ou alheio; é uma questão puramente económica”.

<sup>4105</sup> Acerca das funções da responsabilidade civil, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 255 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 419 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume I, ob. cit., pp. 525 e seguintes; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ,



Contudo, no Direito romano clássico e até ao Direito justiniano, apesar da introdução da doutrina da culpa, continuou a existir uma responsabilidade objetiva, sem culpa, aplicável desde logo aos casos em que não era possível formar um juízo de imputabilidade ao agente<sup>4106</sup>, e, bem assim, às situações de custódia.

Durante os séculos que se seguiram, o domínio do Direito canónico determinou a prevalência da responsabilidade subjetiva, ficando a responsabilidade sem culpa praticamente esquecida, pelo menos até meados do século XVIII.

III. A evolução subsequente, principalmente a decorrente da Revolução Industrial<sup>4107</sup>, determinou a criação de novos danos, tornando insuficiente aquele princípio como fundamento da responsabilidade civil, numa lógica de socialização do risco<sup>4108</sup>. É certo que, em bom rigor, a evolução não se deu nas matérias que por ora nos ocupam, tendo antes ocorrido essencialmente no domínio delitual. Não obstante, ainda assim, o desenvolvimento da imputação objetiva extracontratual teve, naturalmente, também implicações para os contornos da responsabilidade obrigacional por fato de outrem.

---

*Responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 21 e seguintes; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 395 e seguintes.

<sup>4106</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 363.

<sup>4107</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., pp. 364 e seguintes, onde afirma que, perante o avolumar dos acidentes de trabalho, desastres e doenças profissionais, é de assumir a possibilidade, aceite e sustentada por este autor desde 1905, da “*velha teoria da responsabilidade sem culpa*”.

<sup>4108</sup> FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 503. O Autor afirma que a *socialização* da responsabilidade civil, surgida a partir do aparecimento de novos riscos na era da industrialização, fez surgir a classificação da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, conduzindo ao *declínio da responsabilidade individual*. Não subscrevemos esta orientação, uma vez que a responsabilidade objetiva é anterior ao surgimento da responsabilidade pelo risco, sendo esta apenas uma espécie dentro da responsabilidade objetiva; e, por outro lado, não nos parece que se assista a um declínio da responsabilidade individual, que permanece claramente o regime regra de responsabilidade civil, não se conhecendo, aliás, fenómenos de responsabilidade coletiva, contrariamente ao que acontecia no direito romano. Cf. também, sobre o assunto, ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Volume I – Introdução e Parte Geral. Direito das Pessoas, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1934, pp. 17 e seguintes.

IV. Do ponto de vista da responsabilidade no mundo do Direito, podemos comungar da afirmação de que *“ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir, numa contrapartida do poder jurídico da autonomia privada”*<sup>4109 4110</sup>.

A existência da responsabilidade – civil – prossegue por isso uma função simultaneamente preventiva e restauradora<sup>4111</sup>.

Porém, no âmbito obrigacional, a responsabilidade tem como principal objetivo atingir o *“integral cumprimento da obrigação”*, sendo assim instrumentalizada para este fim<sup>4112</sup>.

V. De um modo geral, havendo uma pessoa que causa, materialmente o dano, e outra que responde por este dano, são possíveis, em abstrato, dois sistemas<sup>4113 4114 4115</sup>:

- a) *Um sistema de dupla imputação*, tanto ao principal como ao proposto, podendo a imputação a este último fundar-se quer na prática de um fato ilícito e culposo, quer a título objetivo. Nas relações externas, ambos respondem solidariamente perante o lesado, mas não necessariamente nas relações internas. Neste caso, o título da

---

<sup>4109</sup> Neste sentido, FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, em *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume 5, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Verbo, 2005, p. 498.

<sup>4110</sup> Sobre o tema, A. CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, direito e responsabilidade*, em *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, Volume 3.º, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 129 e seguintes.

<sup>4111</sup> FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 499.

<sup>4112</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 420.

<sup>4113</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 32 e seguintes.

<sup>4114</sup> Cf. ainda ORLANDO GOMES, *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, em *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, pp. 69 e seguintes.

<sup>4115</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra editora, 1993, pp. 155 e seguintes, com relevância na referência aos princípios normativo-jurídicos positivos, transpositivos e suprapositivos. Sobre os modelos históricos da responsabilidade, A. CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, direito e responsabilidade*, ob. cit., pp. 131 e seguintes.

imputação ao principal é autónomo e não se confunde com o título da imputação ao proposto / responsável direto<sup>4116</sup>.

- b) *Um sistema de imputação única*, assente na responsabilidade indireta do principal.

Para Jordano Fraga, este modelo pode assentar tanto na prática, pelo principal, de um fato ilícito e culposo, como na imputação a título objetivo<sup>4117</sup>. Contudo, não concordamos com esta perspetiva: se existe um responsável pela prática de um fato ilícito e culposo, então a responsabilidade verifica-se por fato próprio e não por fato de outrem. Por isso, consideramos que, neste segundo sistema, a imputação ao principal / responsável indireto tem de ser efetuada a título objetivo.

Assim, a opção essencial, em sede de responsabilidade pelo fato de outrem, é entre um sistema de responsabilidade subjetiva do devedor e um sistema de responsabilidade objetiva, baseada ou não na ideia de risco<sup>4118 4119</sup>. Neste segundo modelo, o devedor responde pelo ato ou omissão do auxiliar, e não por um fato próprio, sendo assim uma responsabilidade indireta<sup>4120</sup>.

Nos pontos seguintes, veremos com mais detalhe estas possibilidades.

---

<sup>4116</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 34.

<sup>4117</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 35, dando como exemplo do primeiro caso a responsabilidade atribuída, a título excecional, a um indivíduo juridicamente inimputável.

<sup>4118</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 403, onde afirma: “È questo uno di quei problemi complessi che non si possono risolvere prescindendo dalle condizioni e dalle esigenze della vita civile ed in cui la scienza economica è chiamata a prestare il suo aiuto alla scienza del diritto.”.

<sup>4119</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 27 e seguintes.

<sup>4120</sup> Não concordamos, por isso, com JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 310, quando este afirma que “De actos ilícitos por terceiros pode resultar responsabilidade contratual por fato pessoal”.

I. Cabe a Jhering a ideia de que a responsabilidade civil é sempre baseada na culpa. Esta tese levou a que, durante muito tempo, a doutrina e a jurisprudência do século XIX *resistissem* à aceitação de uma responsabilidade objetiva, sem culpa, e, em contrapartida, procurassem fundar os casos irrecusáveis de responsabilidade sem culpa numa *culpa ficcionada ou fingida*<sup>4121</sup>.

II. A imputação ao devedor é, segundo esta orientação, uma imputação pessoal, que assenta na sua própria culpa. Para chegar a este resultado, os defensores desta tese afirmavam que, das duas uma:

- a) *Ou o auxiliar seria um “substituto” do devedor, no sentido de que seria um prolongamento da sua personalidade: assim, a culpa do auxiliar seria a culpa do devedor principal*<sup>4122</sup>;

As fragilidades desta orientação saltam à vista, já que a culpa é indissociável do agente, não sendo por isso admissível que a culpa de uma pessoa se estenda a outra. O que acontece, em contrapartida, é que *“al principal se imputa jurídicamente la conducta de su auxiliar”*<sup>4123</sup>.

- b) *Ou o devedor responde por culpa in eligendo, in vigilando ou in instruendo;*

De acordo com esta tese, a imputação ao devedor é pessoal, direta, por um fato próprio<sup>4124</sup> e não por um fato alheio<sup>4125</sup>. E, para além da culpa do

---

<sup>4121</sup> Sobre o tema, em pormenor, cf. FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., pp. 480 e seguintes. Em forte crítica, o Autor exclama, a p. 482: *“Ma che colpa! Qui la colpa è un pretesto per giustificare formalmente l’obbligo di riparare i danni, non la ragione giuridica”*, para de seguida concluir que *“Questo assolutismo: senza colpa, nessuna responsabilità, è errato”*. Para demonstrar que a lei já previa, então, situações de responsabilidade sem culpa do devedor, o Autor enuncia o caso da *difficultas praestionis*, em que o devedor pode não ter capacidade económica para cumprir e, ainda assim, mantém-se vinculado à obrigação, bem como a responsabilidade por evicção, em caso de venda de bem alheio ou onerado, sempre que o vendedor esteja de boa fé, sendo que, não obstante, irá responder pelos danos causados ao comprador.

<sup>4122</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 347 e seguintes.

<sup>4123</sup> No mesmo sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 348 e 349, salienta que, na realidade, esta tese assenta na culpa do devedor mas prescinde, totalmente, de tal culpa.

<sup>4124</sup> Neste sentido, cf. JORGE GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen V, Madrid, Editorial Reus, 1929, p. 376: *“de modo que, si bien la responsabilidad que de ello se*

próprio devedor, esta doutrina exige igualmente a culpa do próprio auxiliar, na realização da prestação de que foi incumbido<sup>4126</sup>.

III. Afigura-se inadequada a tese que baseia a responsabilidade do devedor por fato de outrem na própria culpa daquele, seja por culpa *in eligendo*, seja por culpa *in vigilando* ou *in instruendo*. Na verdade, são situações diversas e que podem, até, verificar-se cumulativamente.

Com efeito, o devedor pode responder, ainda que tenha usado de todos os cuidados possíveis na escolha do auxiliar e ainda que lhe tenha dado instruções corretas e vigiado adequadamente. Mesmo que tudo isso tenha acontecido, não será o credor a sofrer as consequências da atuação do auxiliar<sup>4127</sup>.

IV. A tese subjetiva deixa desprotegido o credor, porquanto o devedor pode elidir a sua culpa, demonstrando que tomou todos os cuidados que eram exigíveis para eleger uma pessoa idónea, bem como que lhe deu as instruções corretas e a vigiou adequadamente. Acresce que a possibilidade de afastamento da culpa se admite mesmo no caso mais grave, de dolo do auxiliar<sup>4128</sup>, o que parece contrariar a ordem pública.

V. Parece-nos de sublinhar que, se se admitisse a tese subjetiva, responsabilizando o devedor apenas por culpa *in eligendo*, *in instruendo* ou *in vigilando*, isso significaria uma exceção ao princípio da pontualidade do

---

*desprende se llama, en el lenguaje jurídico aceptado, responsabilidad de hecho no próprio, igualmente es, según el rigor de los principios, una verdadera responsabilidad del hecho próprio por culpa in eligendo, o por culpa in vigilando."*

<sup>4125</sup> Parece também pronunciar-se neste sentido JORGE GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen IX, ob. cit., pp. 270 e 271, ao afirmar que a responsabilidade indireta "*nace de la obligación que todos tenemos de vigilar sobre las personas*", pelo que "*e sen realidad una responsabilidad de hecho próprio por culpa in eligendo o in vigilando*", repousando assim em presunções de culpa, ditadas por motivos de conveniência social.

<sup>4126</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 355.

<sup>4127</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 485.

<sup>4128</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 363.

contrato, consagrado no artigo 406.º CC, na medida em que se permitiria então ao devedor, unilateralmente, modificar o conteúdo da sua própria obrigação<sup>4129</sup>: caso fosse ele mesmo a realizar a prestação, a responsabilidade seguiria o regime comum; caso decidisse utilizar auxiliares, responderia apenas se tivesse culpa na escolha, nas instruções ou na vigilância.

VI. Finalmente, sempre será de considerar que a teoria subjetiva, que teria como um dos seus propósitos a afirmação de um sistema uno de responsabilidade civil, assente sempre na culpa do agente, acaba por redundar numa ideia falsa: ficciona-se a culpa do devedor pelos atos dos auxiliares, quando na realidade se prescinde de toda e qualquer demonstração de tal culpa<sup>4130</sup>.

VII. A mesma crítica vale para o sistema assente na presunção de culpa do agente. Com efeito, a evolução para um sistema de responsabilidade com *culpa presumida* e, posteriormente, de responsabilidade objetiva, assentou na modificação do modelo empresarial, ocorrida a partir da Revolução Industrial. Assim, ao modelo típico do empresário individual, com um ambiente familiar, sucedeu o modelo de empresa de grandes dimensões<sup>4131</sup>, em que o fator humano e a individualização do trabalhador se dilui<sup>4132</sup>.

---

<sup>4129</sup> Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 363 e seguintes, sublinhando que, em consequência da extraordinária frequência do recurso a auxiliares, a responsabilidade contratual desapareceria. Na p. 367, o Autor salienta ainda que, se a responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares tivesse natureza subjetiva, as normas que a consagram seriam inúteis, já que então o devedor estaria sujeito ao regime geral de responsabilidade.

<sup>4130</sup> Neste sentido, cf. FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 377, sublinhando que se trata de “una culpa sólo nominal, fictícia – no real”.

<sup>4131</sup> Neste sentido, cf. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 17 e seguintes, onde assinala que não releva que as empresas sejam ou não instrumentos de exercício de uma atividade económica, “O que importa é que elas sejam organizações de meios”. Na p. 10, o Autor propõe a seguinte definição de empresa laboral: “organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente continuado de uma actividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e colectivamente, ao regime do Direito do Trabalho”.

<sup>4132</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 17.

VIII. Do ponto de vista da sua génese, discute-se, como salienta Filippo Pasquera, se a responsabilidade por fato de outrem tem ou não autonomia face à responsabilidade subjetiva, tida como a regra . Com efeito, encontramos nalgumas legislações a recondução da responsabilidade por fato de outrem à responsabilidade subjetiva, através da presunção absoluta de culpa do agente em caso de dano resultante de uma coisa ou de outrem. De todo o modo, o lesado estará sempre dispensado de demonstrar tal culpa.

*O sistema assente na imputação ao agente baseada em fatores de ordem objetiva*

I. Atualmente, a responsabilidade do devedor por fato dos seus auxiliares é, na ordem jurídica portuguesa, uma responsabilidade objetiva, que prescinde de qualquer valoração do estado subjetivo do agente<sup>4133</sup>.

A responsabilidade objetiva assenta, ainda assim, na verificação de um nexo de causalidade entre o fato e o evento danoso<sup>4134</sup>. Em termos próximos, segundo José Alberto González, a responsabilidade objetiva requer uma “*particular ligação*” entre a conduta e o processo causal que conduziu ao dano<sup>4135</sup>.

Destarte, a responsabilidade pelo risco não dispensa, antes pressupõe, a existência de nexo de causalidade. Porém, esse nexo é aferido não em relação a uma determinada conduta do agente, mas antes à esfera de riscos que é atribuída ao agente<sup>4136</sup>.

---

<sup>4133</sup> Também em França, LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, ob. cit., p. 238, refere que se trata de uma *responsabilité sans faute prouvée (responsabilité objectivée ou responsabilité de plein droit)*. Contudo, o Autor parece reconduzir a responsabilidade por fato de outrem (artigos 1384.º e 1953.º CCF) e a responsabilidade por fato de coisas (artigos 1384.º, § 1, 1385.º e 1386.º CCF) a situações de presunção legal de culpa (pp. 238 e 239).

<sup>4134</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 349. Sobre a questão, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 181 e seguintes.

<sup>4135</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 90.

<sup>4136</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 196: “Está hoje em dia razoavelmente assente que na responsabilidade objetiva importa apenas determinar se o dano concretamente ocorrido está (ou não) dentro do domínio dos riscos de atuação atribuíveis a alguém. (...)”

II. Nas palavras de Simoncelli, a responsabilidade objetiva baseia-se em razões de oportunidade e de justiça: de oportunidade, na medida em que promove uma maior diligência do responsável, na escolha e vigilância dos seus auxiliares, de justiça porque o devedor não é uma pessoa isolada, é uma *pessoa económica*, ou que, do ponto de vista económico, engloba toda uma organização destinada a prover pela satisfação do interesse do credor<sup>4137</sup>.

Parece pronunciar-se neste sentido Betti, ao afirmar que se desenvolveu a ideia de *risco profissional*, o qual “è inerente all’esercizio di una professione e in genere allo spiegamento di un’attività rischiosa per sè o per altri, come ad es. Il rischio che è inerente alla organizzazione di un’impresa o al meccanismo interno di un’industria”<sup>4138</sup>. O devedor responde como organizador ou dirigente: “organizzatore al quale spetta, secondo il meccanismo interno dell’impresa o dell’industria, la leva di comando di quell’apparato tecnico e quindi il potere di controllo sul suo retto funzionamento”<sup>4139</sup>.

III. Como vimos, para alguns autores, a responsabilidade objetiva é apenas a responsabilidade pelo risco<sup>4140</sup>. Esta corresponde, pelo menos do ponto de vista sistemático, à orientação constante do Código Civil Português, que, na Subsecção II da Secção V – dedicada à responsabilidade civil – regula, sob a designação de *Responsabilidade pelo risco*, um conjunto variado de situações em que o agente responde independentemente de culpa.

---

*Pelo que se justificará afirmar que também no que ao nexo de causalidade diz respeito a responsabilidade objetiva não manifesta dissemelhança de maior em confronto com a subjetiva.”.*

<sup>4137</sup> VINCENZO SIMONCELLI, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, ob. cit., p. 51. Na mesma linha, na p. 54, o Autor prossegue com esta ideia: “*il fatto delle persone della famiglia, dei dipendenti, degli ospiti non può dirsi derivato da causa estranea e non imputabile al debitore; questi non è persona isolata, la sua persona economica comprende tutti quelli che hanno rapporti con lui e che per ragion sua vengono a contatto con la cosa*”.

<sup>4138</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 150.

<sup>4139</sup> EMILIO BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione, ob. cit., p. 151.

<sup>4140</sup> FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 510: “*Responsabilidade objectiva é portanto, a que a lei estabelece para determinados comportamentos típicos, independentemente da culpa do agente. Desenvolveu-se com a teoria do risco, pelo qual todo o dano deve ser indemnizado, sendo bastante a possibilidade de sua verificação pelo tipo de actividade exercida. (...) Pressupõe sempre o risco de um perigo, decorrente de circunstâncias objectivas.*”.



A responsabilidade pelo risco fundamenta-se na verdade, indesmentível, que certas atividades implicam riscos, sendo quase impossível evitar certos acontecimentos e sendo também muito difícil demonstrar a culpa dos seus autores, diretos ou indiretos; acresce que os riscos são, por via de regra, fonte de lucro<sup>4141</sup>.

IV. Cunha Gonçalves parecia atribuir um cariz subjetivo à própria responsabilidade objetiva. Isto porque adotava um conceito particularmente amplo de culpa: *“A culpa não consiste, sòmente, em querer o dano ou não o evitar por negligência ou imprudência. Comete culpa, de igual modo, quem cria um risco para os outros, por espírito de lucro, desporto ou divertimento”*<sup>4142</sup>. Concluía: *“Assim, é culpa objectiva, de responsabilidade virtual pelos danos de outrem, estabelecer uma fábrica, explorar uma mina, efectuar transportes, andar de automóvel, exercer uma profissão susceptível de causas prejuízos, embora qualquer daquelas actividades seja exercida na melhor das intenções, no interêsse do público, da economia nacional, isto é, com o propósito de dar trabalho e criar riqueza”*<sup>4143</sup>.

V. A evolução dos sistemas de responsabilidade civil tem registado a tendência para uma maior proteção dos lesados, nomeadamente através de *“processos de socialização da responsabilidade e dos riscos: responsabilidade objectiva, seguros de responsabilidade obrigatórios e fundos de garantia”*<sup>4144</sup>. Nalguns

---

<sup>4141</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 366, salientando que *“O critério da culpa subjectiva é teórica e praticamente pouco seguro, já porque a prova da culpa é uma prova diabólica, sendo difícilimo descobrir a verdadeira causa do acidente de trabalho”*. Assim, *“nos casos em que essa culpa não se demonstre, é de intuitiva justiça que, «entre dois inocentes, sofra as consequências quem criou o risco e provocou a possibilidade do desastre de outrem»”*.

<sup>4142</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 367.

<sup>4143</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, ob. cit., p. 367, onde também afirma o seguinte princípio: *“Deve reparar o dano de outrem (em especial o sofrido pelo operário) quem se arriscou, com ou sem intenção de tirar proveito, a exercer, por si ou por meio de mandatário ou colaborador, uma actividade qualquer, positiva ou negativa, de que resultou êsse dano.”*. Assim, este autor procura reconduzir a responsabilidade objetiva à responsabilidade subjetiva, afirmando mesmo, na p. 368, que o que se trata *“não é rigorosamente de responsabilidade sem culpa, mas sim de culpa objectiva”*.

<sup>4144</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, em *Revista de Direito e Economia*, Separata do n.º 2 de Julho / Dezembro, 1978, p. 359.

ordenamentos jurídicos, como a Alemanha, surgem mesmo orientações no sentido de transformar a responsabilidade pelo risco numa cláusula geral.

Aliás, um dos casos em que é mais frequente a contratação de seguro é o da responsabilidade por atos médicos. Neste caso, em regra, as apólices não abrangem a responsabilidade indireta, isto é, a cobertura dos danos resultantes de atos ou omissões de substitutos ou auxiliares, a menos que haja estipulação em sentido contrário<sup>4145</sup>. Quando as partes convencionem nesse sentido, a seguradora responde apenas pelos fatos dos substitutos ou auxiliares que determinem a responsabilidade do próprio médico<sup>4146</sup>. O seguro não cobre os danos resultantes de atos dolosos do médico segurado, nem tão pouco a responsabilidade deste por recusa de prestação de socorros, por tal atuação se revelar contrária à ordem pública e aos bons costumes<sup>4147</sup>.

Esta questão relaciona-se com uma outra, que reside em aferir se a responsabilidade objetiva constitui um princípio, ou uma exceção. Alguma doutrina considera que a responsabilidade objetiva não resulta de um princípio geral, contrariamente à responsabilidade subjetiva, uma vez que apenas é imposta para certos casos específicos<sup>4148</sup>. Temos dificuldade em concordar com este raciocínio: o fato de a responsabilidade objetiva apenas existir nos casos expressamente previstos na lei não significa – necessariamente – que dela não resulte, ou não possa resultar, um princípio geral. Esta questão será no entanto abordada com mais profundidade após a análise do Direito positivo.

VI. Uma forma de objetivação – ou de de-subjetivação – da responsabilidade civil parece resultar do aparecimento das responsabilidades profissionais, isto é, inerentes ao exercício de determinada atividade por especialistas.

---

<sup>4145</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 348.

<sup>4146</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 349.

<sup>4147</sup> J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, ob. cit., p. 349.

<sup>4148</sup> Neste sentido, FRANCISCO AMARAL, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 510.

VII. Pode argumentar-se contra a responsabilidade objetiva que o devedor não tem, na realidade, culpa. Mas, com Coviello, é de convir que se o agente não tem culpa, ainda menos culpa terá o lesado, donde o ressarcimento deva ser imposto àquele<sup>4149</sup>.

Para este Autor, o princípio que fundamenta a responsabilidade sem culpa é o de que *“chi esercita un diritto o un’attività lecita deve sopportarne le conseguenze dannose che ricadono sul patrimonio altrui, allo stesso modo che le avrebbe sopportare se avessero colpito direttamente il proprio”*<sup>4150</sup>.

VIII. Outras opiniões são igualmente admissíveis. Por exemplo, em Portugal, Sinde Monteiro parece defender a substituição da responsabilidade civil pela proteção através de um seguro, pelo menos em alguns setores de atividade<sup>4151</sup>.

A ideia passaria por estabelecer uma indemnização ou segurança básica a favor do lesado, por forma a evitar situações de carência ou necessidade, independentemente da causa do acidente ou até mesmo quando esta causa seja de ordem natural<sup>4152</sup>.

O Autor assinala que a evolução dos tempos requer uma nova regulação dos termos da responsabilidade: se ao tempo do *Code Civil* de 1804 o regime era essencialmente individualista, justificando que a responsabilidade fosse de teor eminentemente subjetivo, assente na culpa do agente, hoje em dia os danos são muitas vezes o resultado de uma ação coletiva, de empresas ou de

---

<sup>4149</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, p. 202.

<sup>4150</sup> NICOLA COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, ob. cit., p. 206, acrescentando: *“(...) il principio appare di evidente ragionevolezza, e confermato dal buon senso. Ciascun sa che nella vita, come non v’è bene senza mistura di male, così non v’ha lucro senza rischio, non vantaggi senza danni: non v’ha rose senza spine (...)”*.

<sup>4151</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 361 e seguintes, onde explica que *“A substituição da responsabilidade pelo seguro pode operar-se através da criação de um seguro especial, privado ou público (social) para um determinado sector (v.g. responsabilidade médica, responsabilidade do transportador aéreo, ou acidentes de trânsito)”*, assinalando ainda que esta tem vindo a ser solução prevalente nos países da *Common Law*.

<sup>4152</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, ob. cit., p. 366.

coletividades<sup>4153</sup>, o que justifica a objetivação da responsabilidade através do risco<sup>4154 4155</sup>.

A solução do risco é a solução natural e corresponde à evolução<sup>4156</sup>. Contudo, como já se referiu no capítulo anterior, não concordamos com este Autor, quando afirma, a respeito do Código de Seabra, que este “*apesar de reflectir as ideias individualistas e religiosas da sua época, adoptou em matéria de responsabilidade um sistema eclético. Não formulou o princípio geral de que sem culpa, não haveria responsabilidade, nem estabeleceu excepções respeitantes a qualquer regra*”<sup>4157</sup>.

Acerca do “*futuro da responsabilidade civil, particularmente da responsabilidade por culpa*”, Sinde Monteiro sugere que os danos pessoais, corporais, nomeadamente os que originem situações de incapacidade, possam ser objeto de reparação em termos de Direito público, através de seguros especiais ou da concessão de uma indemnização independente da causa do acidente ou da incapacidade, mas sem que se verifique uma “*substituição pura e simples do direito civil pelo direito social*”<sup>4158</sup>. Assim, embora à prestação da segurança social ou do seguro pudesse ser atribuída uma função de “*garantia básica (Grundsicherung)*, a responsabilidade poderá conservar um papel complementar

---

<sup>4153</sup> Sobre o fenómeno, no âmbito do Direito do Trabalho, cf. CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho. Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra, Coimbra editora, 2011, em especial as pp. 29 e seguintes. Cf. também JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1981, pp. 3 e seguintes.

<sup>4154</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, ob. cit., p. 382.

<sup>4155</sup> No entanto, como assinala JOAQUIM CRISÓSTOMO, *Aspectos doutrinários do Código da Estrada sob o ponto de vista da responsabilidade objectiva*, Nono Volume, Primeira Parte, Lisboa, Imprensa Lucas & C.<sup>a</sup>, 1934, p. 105, a teoria do risco “*não convem às companhias de seguros, às de transportes, aos fabricantes de automóveis, aos sindicatos de boarrachas, de oleos, de gasolina, etc.*”.

<sup>4156</sup> Assim, JOAQUIM CRISÓSTOMO, *Aspectos doutrinários do Código da Estrada sob o ponto de vista da responsabilidade objectiva*, Nono Volume, Primeira Parte, ob. cit., p. 160, a teoria do risco “*É a solução natural, lógica e moral, de um conflito accidental de interesses, em que o lesado foi vítima de um prejuízo, para o qual não concorreu, pelo que deve ser colocado no estado anterior á lesão, pelo agente do dano.*”.

<sup>4157</sup> JOAQUIM CRISÓSTOMO, *Aspectos doutrinários do Código da Estrada sob o ponto de vista da responsabilidade objectiva*, Nono Volume, Primeira Parte, ob. cit., p. 71. O Autor critica em especial a afirmação de Jaime Gouveia, segundo o qual os partidários da responsabilidade objectiva seriam em reduzido número, sustentando a tese oposta.

<sup>4158</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, ob. cit., p. 386.

em relação ao montante ou às espécies de danos não abrangidos pela garantia colectiva”<sup>4159</sup>.

*A responsabilidade por fato de terceiro: opção e/ou cumulação entre um sistema de responsabilidade subjetiva e um sistema de responsabilidade objetiva*

I. A responsabilidade diz-se *direta* quando os danos são imputados à pessoa que os causou, sendo *indireta* no caso oposto. Assim, nesta última, o agente “*não é o autor da conduta lesiva*”<sup>4160</sup>.

São hipóteses típicas de responsabilidade por fato de outrem os artigos 500.º e 800.º CC. Segundo González, há que acrescentar a esta lista o artigo 491.º CC<sup>4161</sup>. Porém, discordamos, uma vez que neste caso a responsabilidade é por fato próprio, assente no incumprimento do dever de vigilância do inimputável.

Cada modelo de responsabilidade objetiva é único<sup>4162</sup>: por isso, embora seja possível e necessário fazer um estudo articulado de todos estes regimes, há que ter em atenção a sua própria individualidade nos respetivos termos de aplicação.

II. Ponto assente para alguma doutrina é que a responsabilidade objetiva por fato de outrem apenas pode ser admitida caso uma norma de direito positivo assim o determine<sup>4163</sup>.

Contudo, como vimos na análise de Direito comparado, não é obrigatoriamente assim. Códigos como o francês e o espanhol não contemplam normas similares ao artigo 800.º do CCP, nem ao § 278 do BGB, e, ainda assim, a doutrina e a jurisprudência afirmam, sem hesitações, a responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares. O mesmo acontecia no caso português,

---

<sup>4159</sup> JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade civil*, ob. cit., p. 388.

<sup>4160</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 25.

<sup>4161</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 26.

<sup>4162</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 195: “Cada modelo tem, pois, as suas particularidades, pelo que se impõe a análise casuística.”.

<sup>4163</sup> Assim, cf. FILIPPO PASQUERA, *Fatto Altrui (Responsabilità per)*, em *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XVI, Torino, Editrice Torinese, 1938, p. 966.

na vigência do Código de Seabra. O que nos conduz à seguinte reflexão: *se o art. 800.º/1 do CC inexistisse, ainda assim o devedor responderia pela atuação dos seus auxiliares*, ou seja, mesmo na ausência de uma norma legal. Pelo que, se a responsabilidade objetiva carece de uma norma legal que a consagre – por ser excecional, como decorre do art. 483.º/2 do CC – então talvez isso signifique que, em bom rigor, não estamos aqui diante de um problema de responsabilidade mas de consequências do incumprimento da obrigação.

III. A responsabilidade indireta, ou também designada por responsabilidade por fato não próprio, entendida em sentido amplo, parece abarcar quer a responsabilidade por atos de outrem, quer a responsabilidade por danos decorrentes de coisas. Contudo, na aceção que agora releva, apenas será compreendida a responsabilidade por uma atuação alheia.

IV. A lei pode enveredar por uma de duas opções possíveis:

- a) Responsabilizar apenas o principal;
- b) Admitir a responsabilização tanto do principal, como do preposto.

No sistema jurídico português, é claramente o segundo o modelo adotado, o que resulta da consagração da cláusula geral de responsabilidade aquiliana, no n.º 1 do art. 483.º do CC.

V. A consagração da responsabilidade por fato de outrem assenta num valor de justiça<sup>4164 4165</sup>. Ora, “*O Direito tem como função realizar a justiça*”<sup>4166 4167</sup>.

---

<sup>4164</sup> Acerca dos valores da ordem jurídica, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, ob. cit., pp. 195 e seguintes; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução à Ciência do Direito*, 3.ª edição, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, Renovar, 2005, pp. 180 e seguintes. Cf. também KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, pp. 241 e seguintes; PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I Vol. (2.º Tomo), Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999, pp. 151 e seguintes. Cf. ainda JOHN RAWLS, *Uma teoria da justiça*, Tradução de Carlos Pinto Correia, Lisboa, Editorial Presença, 1993, pp. 27 e seguintes, onde salienta o “*primado da justiça*”. Acerca dos princípios da justiça, pp. 63 e seguintes, em especial a p. 68.

<sup>4165</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA / SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, ob. cit., pp. 345 e seguintes.

<sup>4166</sup> A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, 5.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011, p. 64.

Como salienta, entre nós, A. Santos Justo, a justiça integra os seguintes elementos lógicos<sup>4168</sup>: a) proporcionalidade; b) igualdade; c) alteridade. A estes valores acresce uma ideia de *justiça material*, ou seja, “a consideração de valores e bens que concedem dignidade à pessoa e cuja determinação cabe a disciplinas metajurídicas, principalmente à Ética”<sup>4169 4170</sup>.

VI. A responsabilidade é uma decorrência da liberdade de ação dos indivíduos, promovendo a possibilidade de escolha e determinação das suas ações. O responsável é, assim, a pessoa, que está, desse modo, “investida em responsabilidade”<sup>4171</sup>, daí que se possa afirmar, com Kant, que “uma acção é conforme ao Direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal”<sup>4172 4173</sup>.

Ora, “o princípio da justiça contratual deve, necessariamente, conciliar-se com a liberdade contratual e a responsabilidade individual”<sup>4174</sup>. Assim, “o homem, sendo livre, deve responder pelos seus actos”<sup>4175</sup>, ou, noutra formulação, o Homem é um ser que existe com vista à sua auto-responsabilidade<sup>4176</sup>.

VII. É também neste sentido que se posiciona Ferrara, para quem “Il principio della sponsabilità si accompagna al principio dell'autonomia: come l'uomo agisce liberamente sotto l'impulso del suo volere ed è padrone delle sua azioni, così deve

---

<sup>4167</sup> J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 55 e seguintes.

<sup>4168</sup> A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, ob. cit., p. 66.

<sup>4169</sup> A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, ob. cit., p. 67.

<sup>4170</sup> Cf. também J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, ob. cit., pp. 286 e seguintes e RUI DE ALBUQUERQUE / MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, Vol. 1, 12.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Pedro Ferreira, 2005, pp. 91 e seguintes.

<sup>4171</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, direito e responsabilidade*, ob. cit., p. 152.

<sup>4172</sup> IMMANUEL KANT, *A metafísica dos costumes*, Tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Goubenkian, 2005, p. 43.

<sup>4173</sup> Assim também MARIA VICTÓRIA R. F. DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, ob. cit., p. 36.

<sup>4174</sup> GUILHERME DRAY, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, p. 78.

<sup>4175</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 528.

<sup>4176</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 70.

*assumere tutte le conseguenze che derivano dagli atti suoi: alla libertà individuale è connessa necessariamente la responsabilità*"<sup>4177</sup>.

VIII. O fundamento da responsabilidade civil consiste, em qualquer caso, na transferência das consequências da lesão da vítima para o agente<sup>4178</sup>. Assume, por isso, uma função manifestamente ressarcitória, que se insere numa linha de *justiça distributiva*<sup>4179</sup>.

Assim, há que atender ao princípio *suum cuique tribuere*: se uma pessoa causa um dano a outra, priva-a de um benefício a que tinha direito, sendo justo que tenha de indemnizar, colocando-a no estado anterior à lesão. No entanto, note-se que existem casos de responsabilidade com fim punitivo<sup>4180</sup>. Não obstante, tal é mais comum no Direito anglo-saxónico e, neste, a responsabilidade extracontratual<sup>4181</sup>.

Adicionalmente, é frequente atribuir ao empresário maior capacidade para fazer face às consequências da lesão, o que garantiria o ressarcimento<sup>4182</sup>.

IX. Para Ferrara, a fundamentação jurídica da responsabilidade objetiva do devedor por fato dos seus auxiliares tem explicação na circunstância de estes não serem estranhos à sua pessoa, donde resulta que não se pode falar aqui em impossibilidade superveniente por caso fortuito. Segundo este Autor, *"Il fatto di chiamare dei dependenti che há per eventuale conseguenza un danno arrecato da quest'ultimi, è un fatto proprio del debitore ch'egli deve accettare nella sua*

---

<sup>4177</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 406.

<sup>4178</sup> Neste sentido, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 16.

<sup>4179</sup> Muito embora o autor reconheça que a justiça distributiva está antes subjacente à responsabilidade objetiva e pelo sacrifício. Assim, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 17, nota 21.

<sup>4180</sup> Sobre o tema: PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 245 e seguintes; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 152, 166 e 167.

<sup>4181</sup> JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 19: "O campo específico de aplicação dos punitive damages é a Tort Law; só muito limitadamente se tem admitido a sua extensão à Contract Law."

<sup>4182</sup> JOSEP SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal...*, ob. cit., p. 39.



*interezza*”<sup>4183</sup>. Por conseguinte, *“l’espressione «causa estranea» dell’art. 1225 è stata per noi la chiave esegetica per la soluzione del problema. Gli ausiliari non sono estranei al debitore: egli ha volontariamente assunto, egli subisce le conseguenze di questo fatto incolpevole.”*<sup>4184 4185</sup>.

Em sentido diverso parece pronunciar-se Jaime Gouveia, quando afirma que esta justificação não satisfaz, *“porque confunde os actos dos auxiliares com os do devedor”*<sup>4186</sup>, quando a questão reside em saber se o devedor deve ou não responder como se a atuação do terceiro fosse dele próprio.

Em sentido oposto parece pronunciar-se também Christian Rang, ao afirmar que o devedor responde pelos atos do seu auxiliar, em situações que muitas vezes podem ser reconduzidas a casos fortuitos. Ora, questiona este Autor, se é assim, como se pode considerar que a imputação ao devedor de um caso fortuito seja considerada uma responsabilidade por culpa<sup>4187</sup>? Para Rang, estaremos, à partida, diante de uma contradição.

X. Como dissemos, a aproximação da responsabilidade do devedor por fato de outrem do problema do risco / inexistência de impossibilidade superveniente não nos parece de acolher. Este é um caminho que se mostra importante nos ordenamentos jurídicos que não contemplam, em moldes expressos, uma previsão de responsabilidade do devedor pela atuação dos seus auxiliares, o que não é o caso português.

O art. 800.º/1 do CC existe, independentemente do art. 790.º do CC, pelo que deve ter um sentido e fundamentação próprios, ainda que *dentro do sistema* delineado pelo Código Civil em matéria de incumprimento das obrigações. Mais: se o legislador sentiu necessidade de consagrar este regime, tal será porque ele não resulta, por si só, do disposto no art. 790.º do CC, ainda que com este possa ter alguma ligação.

---

<sup>4183</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 498.

<sup>4184</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 506.

<sup>4185</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 400.

<sup>4186</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 417.

<sup>4187</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, Bonn, Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi, 1886, p. 65.

## Análise da técnica legal: responsabilidade objetiva ou responsabilidade por ficção legal?

I. É indiscutível que o artigo 800.º CC<sup>4188</sup>, bem como o § 278 BGB<sup>4189</sup>, assentam numa imputação objetiva ao devedor pelos atos e omissões dos seus auxiliares dos quais resulte uma infração obrigacional.

Com efeito, ambos os preceitos prescindem totalmente, da apreciação da conduta pessoal do devedor, bastando-se com a circunstância de este ter lançado mão a auxiliares para a execução da prestação. Pode, assim, falar-se numa *dupla irrelevância da culpa*: positivamente, no sentido de que, para o devedor responder, não se exige ou sequer se analisa a existência de culpa da sua parte; negativamente, no sentido em que não pode este afastar a sua responsabilidade demonstrando que atuou sem culpa.

Aliás, até se pode afirmar que a responsabilidade objetiva do devedor pressupõe a falta de imputação pessoal, já que resulta da lei e do simples fato de o devedor introduzir auxiliares no cumprimento da sua obrigação<sup>4190</sup>.

II. É apenas no sentido da imputação objetiva que se admite a ideia de que o devedor assume uma *garantia* em relação ao credor, quanto ao recurso a auxiliares, ou seja, com base na ideia de que esta responsabilidade visa tutelar o credor, cuja posição se mantém integralmente, mesmo que o devedor introduza terceiros no cumprimento, no âmbito da sua liberdade de organização<sup>4191</sup>.

Em sentido próximo, Scognamiglio afirma que a cada sujeito compete, no âmbito da sua própria liberdade de determinação, valer-se ou não da atuação

---

<sup>4188</sup> Elogiando a redação do preceito português, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 415, nota 620.

<sup>4189</sup> Assim, BERTHOLD KUPISCH, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, em *Juristische Schulung*, ob. cit., p. 819, ao afirmar que se o comportamento ilícito do auxiliar, pensado na pessoa do devedor, se apresentar como um incumprimento, então o devedor tem de responder perante o credor pelo comportamento do auxiliar.

<sup>4190</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 381 e seguintes, considerando que se trata da orientação subjetiva que apresenta um maior refinamento do ponto de vista técnico.

<sup>4191</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 404 e 405, optando, todavia, por não utilizar a expressão garantia ou dever de garantia.

de terceiros na sua esfera de ação. Quando o faça, verifica-se que o sujeito atua através de outrem, para realizar um fim, ou seja, “*fa agire altre per sè*”<sup>4192</sup>, como também parece aceitar a maioria da doutrina alemã<sup>4193</sup>.

Ao projetar a conduta do auxiliar na pessoa do devedor, o art. 800.º/1 do CC parece prescindir de qualquer imputação: para que de imputação se pudesse falar, a conduta do auxiliar teria de ser considerada de forma autónoma, *imputando-se* as suas consequências ao devedor, o que não se verifica. Ao invés, tudo se passa como se tivesse sido o próprio devedor a agir.

III. Acresce que a técnica da responsabilidade objetiva prossegue, nos ordenamentos jurídicos em que é consagrada, uma importante função preventiva, incentivando o devedor a ser diligente na escolha das pessoas que introduz no cumprimento, bem como nas corretas instruções e suficiente vigilância. Isto não contradiz a natureza objetiva da imputação, porquanto, mesmo que assim o pretenda, o devedor não pode exonerar-se da sua responsabilidade demonstrando que teve todos os cuidados que lhe eram exigíveis.

Naturalmente que “*Responsabilidad objetiva no es sinónimo de responsabilidad sin posibilidad de liberación*”, já que o devedor pode ainda invocar a verificação de caso fortuito, e, assim, exonerar-se do cumprimento<sup>4194</sup>.

IV. Apoiamos inteiramente a afirmação de Carneiro da Frada, quando justifica o artigo 800.º CC com apelo ao *princípio da intangibilidade da organização*

---

<sup>4192</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, p. 698.

<sup>4193</sup> DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, ob. cit., p. 187; LUDWIG ENNECCERUS / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, ob. cit., p. 229; WOLFGANG KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, ob. cit., anotação ao § 278, pontos 1 e 3; EIKE SCHMIDT, *Zur Dogmatik des § 278 BGB...*, ob. cit., p. 503; HARRY WESTERMANN, *Haftung für fremdes Handeln*, ob. cit., p. 382.

<sup>4194</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 402.

do devedor, ou seja, na circunstância de ao credor ser vedada qualquer interferência “no programa de realização da prestação elaborado pelo devedor”<sup>4195</sup>.

Poder-se-ia questionar se será sempre assim, nomeadamente quando esteja em causa uma atividade com autonomia técnica, no âmbito da qual o empregador tem pouca liberdade de ação. Não obstante, ainda assim, em termos organizacionais, é ao devedor que compete determinar o modo de realização da prestação, a indicação da pessoa concreta que a irá executar, o tempo e espaço dessa execução.

A favor da sua tese, Carneiro da Frada invoca o artigo 828.º CC, nos termos do qual o credor não pode, coativamente, satisfazer o seu interesse na prestação obrigando o devedor a modificar as pessoas que incumbira de a realizar, podendo apenas promover a execução por um terceiro, à custa do devedor<sup>4196</sup>.

V. Por outro lado, o artigo 800.º CC não pode ser lido sem uma ligação aos princípios de responsabilidade contratual<sup>4197</sup>, designadamente o princípio da pontualidade do cumprimento. Independentemente da modalidade concreta de obrigação que esteja em causa, o devedor encontra-se obrigado a realizar, ponto por ponto, a prestação (artigos 406.º e 763.º do CC), de boa fé e com vista a satisfazer integralmente o interesse do credor. Os meios utilizados pelo devedor com vista a atingir o cumprimento são, por isso mesmo, meios que “pertencem” ao devedor, ou melhor, à esfera de atuação do devedor, razão pela qual é este que responde por tais meios. Parece ir também neste sentido a

---

<sup>4195</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., p. 303.

<sup>4196</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, ob. cit., pp. 303 e 304.

<sup>4197</sup> Sobre estes princípios, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, ob. cit., pp. 145 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias, ob. cit., pp. 31 e seguintes; PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), ob. cit., pp. 1 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume II, ob. cit., pp. 10 e seguintes.

afirmação de Menezes Cordeiro de que a responsabilidade obrigacional se encontra *instrumentalizada* para o fim da satisfação do interesse do credor<sup>4198</sup>.

No entanto, não se acompanha a tese de Jaime Gouveia, para quem a responsabilidade por fato de outrem se fundamenta no *conceito de proposição*, enquanto relação jurídica genérica pela qual uma pessoa entrega a outra o exercício duma função ou de uma qualquer ocupação<sup>4199</sup>. Referindo-se ao artigo 2380.º CS, este Autor parece restringir esta imputação aos casos em que o proposto se encontra subordinado ao devedor<sup>4200</sup>, posição esta que se não coaduna com o atual artigo 800.º CC.

VI. A razão parece estar com Becqué: no conflito de interesses que opõe o credor ao devedor, a balança deve pender a favor do credor: *“le débiteur qui appelle des auxiliaires les appelle dans son intérêt, il profite de leur activité licite: il doit donc supporter les conséquences de leur activité fautive: il se sert d’eux dans son intérêt, donc à son propre risque; si la loi lui concède le droit de se servir de la force d’autrui pour accomplir son obligation, c’est à la condition de supporter le dommage qui peut en maître: le vieux principe cuius commoda, ejus incommoda n’est pas seulement un principe abstrait de droit, il correspond à la conscience populaire, qui sent combien il est équitable de faire supporter le risque à qui retire le profit”*<sup>4201</sup>.

O Autor sublinha que a divisão do trabalho é hoje uma necessidade económica, pelo que o elemento *faute* é aqui substituído pela simples causalidade material do fato danoso<sup>4202</sup>.

Em contrapartida, discorda da segunda ordem de fundamentos invocada nos Motivos do BGB. Com efeito, considera que, se se pensar que o devedor

---

<sup>4198</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., p. 420.

<sup>4199</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 419.

<sup>4200</sup> JAIME AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, ob. cit., p. 419, onde afirma que sempre o patrão, o chefe do serviço, o órgão da pessoa coletiva, têm sempre o poder e dever de fiscalização e direção dos respetivos subordinados.

<sup>4201</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, p. 277.

<sup>4202</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, p. 278.

prometeu um resultado, então ele deveria responder também pelo caso fortuito, e não apenas pelos atos dos seus auxiliares<sup>4203</sup>.

Becqué discorda ainda do terceiro fundamento constante dos Motivos do BGB, referente à *garantia tácita* que resultaria da vontade do devedor. Trata-se, na sua perspectiva, de pura ficção, já que supõe uma vontade que não existe: *“La vérité, c’est que la loi, et elle seule, impose cette garantie au débiteur contre sa volonté, dans l’intérêt général, et si l’on veut encore parler de garantie, ce n’est pas plus de garantie contractuelle tacite qu’il fait parler, mais de garantie présumée, de garantie légale.”*<sup>4204</sup>.

Assim, surgindo como uma necessidade económica, a responsabilidade do devedor permite ultrapassar o problema da dificuldade que o credor teria em obter a indemnização por parte do auxiliar, dada a sua provável insolvência. Por outro lado, decorre desta imputação um incentivo ao esforço do devedor na escolha das pessoas que com ele trabalham e na respetiva vigilância<sup>4205</sup>.

Neste sentido parece pronunciar-se também, entre nós, Guilherme Moreira, ao escrever que, nalguns casos, a obrigação de indemnizar assenta em *“considerações de carácter especial, como a indemnização que em muitos países tem sido concedida aos operários em virtude de accidentes de trabalho industrial”*<sup>4206</sup>.

VII. Diferentemente, Pires de Lima e Antunes Varela fazem equivaler o fundamento da responsabilidade do devedor aos mesmos motivos que fundam a responsabilidade do comitente, no artigo 500.º, e a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas por danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes (artigo 501.º)<sup>4207</sup>.

---

<sup>4203</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, p. 279.

<sup>4204</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, p. 281.

<sup>4205</sup> ÉMILE BECQUÉ, *De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle...*, pp. 282 e 283.

<sup>4206</sup> Cf. GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Volume Primeiro – Parte Geral, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 588. Contudo, o Autor tende a assimilar a responsabilidade subjetiva ao Direito Romano, considerando que nessa época a responsabilidade sem culpa era excecional, o que pode ser controverso.

<sup>4207</sup> PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), p. 56.

Para Antunes Varella, apesar de estarmos diante de responsabilidade objetiva, o art. 800.º/1 do CC não traduz nenhum princípio de ordem pública<sup>4208</sup>.

No entanto, atendendo às relevantes diferenças que já foram assinaladas entre as duas fórmulas legais, em especial a ausência de uma imputação direta do dano ao auxiliar no âmbito do artigo 800.º, não nos parece de acolher esta orientação.

VIII. A nosso ver, o art. 800.º/1 do CC fundamenta-se nos princípios obrigacionais do cumprimento, não se confundindo, por isso, com o seu homólogo na responsabilidade aquiliana, art. 500.º. Isso explica a diferente técnica legal: enquanto o art. 500.º pressupõe a imputação do dano ao comissário e, como *garantia* da indemnização, a responsabilidade do comitente, o art. 800.º estabelece tão-só a responsabilidade do devedor. Nem podia deixar de ser assim, já que, tratando-se de uma relação jurídica obrigacional, apenas o devedor deve. Por isso, o fundamento desta *responsabilidade* é tipicamente obrigacional, baseando-se no cumprimento a que o devedor se encontra vinculado e na liberdade que o devedor tem de escolher o modo como realiza a prestação.

A esta fundamentação não é alheia a própria essência da obrigação: a satisfação plena do interesse do credor pressupõe a colaboração do devedor<sup>4209</sup>: “O devedor não entrega, pura e simplesmente, uma coisa: ele deve realizar a competente prestação, conforme as circunstâncias, com todo um cotejo de prestações secundárias e de deveres acessórios”, havendo colaboração em qualquer tipo de prestação<sup>4210</sup>.

VIII. Destarte, a técnica da responsabilização objetiva do devedor é a que se revela mais adequada à tutela dos interesses em jogo, designadamente do

---

<sup>4208</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, ob. cit., p. 104.

<sup>4209</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 357.

<sup>4210</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 365.

tráfico jurídico e da confiança do credor, já que uma solução de natureza subjetiva poderia bloquear totalmente as relações comerciais. Com efeito, como salienta Jordano Fraga, há que reconhecer *“la imposibilidad o gran dificultad, del acreedor-demandante de responsabilidad, de identificar en una compleja organización empresarial la culpa personal del deudor/principal”*, o que até poderia conduzir a um tratamento desigual entre grandes e pequenas empresas, sendo estas as mais penalizadas<sup>4211</sup>.

Por outro lado, mesmo que o devedor tome todos os cuidados possíveis para escolher uma pessoa idónea para desempenhar a tarefa, lhe dê as indicações necessárias e vigie corretamente a execução, ainda assim, poderá haver um vício na sua atuação, havendo que imputar o resultado a uma das partes. Ora, considerando que é o devedor que utiliza o auxiliar, retirando vantagens dessa atividade, só a ele pode ser imputado um efeito negativo de tal intervenção.

Até porque, em muitos casos – pelo menos, quando se trate de auxiliar de cumprimento independente, ou que atua com autonomia técnica – a possibilidade de vigilância por parte do devedor será diminuta, ou mesmo inexistente. Sendo que a tutela da dignidade da pessoa humana sempre inviabilizará um controlo absoluto da atuação do auxiliar<sup>4212</sup>.

IX. Assente é hoje em dia a caracterização da responsabilidade do devedor por fato de outrem como uma responsabilidade objetiva, sem culpa: assim, o devedor responde, sem culpa própria, pela culpa de terceiros<sup>4213</sup>.

Procurando justificar a responsabilidade do devedor por fato de outrem com base numa ideia de justiça, de equilíbrio, Christian Rang pondera a existência de dois interesses em confronto: p.ex., no caso de um comodato, se a coisa se perdeu porque um auxiliar do comodatário a danificou, parece injusto

---

<sup>4211</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 370 e pp. 429 e seguintes, salientando que a utilização de auxiliares por parte do devedor não pode ser feita com prejuízo para o credor.

<sup>4212</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 373.

<sup>4213</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 70.



que seja o comodatário a arcar a responsabilidade, mesmo não tendo culpa; mas de igual modo se afigura excessivo ser o proprietário a responder por este acaso. Por isso, Rang afirma que os pratos da balança estão equilibrados: ambas as partes tiram proveito e nenhuma das partes tem culpa. O que faz baixar o prato do devedor, ou seja, o que pesa na balança para responsabilizar o devedor é a circunstância de ser este a utilizar o auxiliar, ou seja, o autor do dano. Rang reconhece que é um peso mínimo, mas o suficiente para fazer baixar o prato da balança e responsabilizar o devedor<sup>4214</sup>. Esta será, então, a origem da responsabilidade por atos de terceiros, que se mantém ainda hoje.

X. Com Almeida Costa, é de afirmar que *“a concepção clássica da responsabilidade do culpado continua a ter um vasto papel”*. No entanto, ao lado desta, é hoje plenamente acolhida a ideia de responsabilidade objetiva, independente de culpa<sup>4215</sup>. Aliás, como este Autor faz notar, *“Perante um «crescimento desordenado» da responsabilidade pelo risco, que se verifica em certos países, não surpreende que chegue a pensar-se na introdução de uma cláusula geral relativa a essa matéria”*<sup>4216</sup>.

XI. Também Nuno Oliveira afirma, sem hesitação, o princípio da imputação subjetiva do não cumprimento no sistema contratual<sup>4217</sup>, ao qual o artigo 800.º constitui uma das exceções<sup>4218</sup>. Assim, afirma: *“O art. 800.º fcciona que o comportamento dos auxiliares (ou dos representantes legais) é um comportamento do devedor. O devedor responde, e só responde, por um comportamento que é (juridicamente) do devedor. Em termos jurídicos, o princípio é (já) o de que o devedor responde sem culpa”*<sup>4219</sup>.

---

<sup>4214</sup> CHRISTIAN RANG, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, ob. cit., p. 71.

<sup>4215</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 529.

<sup>4216</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 529 e 530.

<sup>4217</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 441.

<sup>4218</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 446.

<sup>4219</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos contratos*, ob. cit., p. 448.

XII. Uma última questão é a de determinar a natureza geral ou excecional da responsabilidade do devedor por fato dos seus auxiliares.

De acordo com o n.º 2 do artigo 483.º CC, a responsabilidade objetiva tem carácter excecional. Assim, tanto no domínio delitual, como obrigacional, a regra é a de que em princípio a obrigação de indemnizar carece de um comportamento culposos do agente<sup>4220</sup>.

Todavia, já no século XIX, Ferrara questionava a *vera* natureza excecional desta responsabilidade, invocando que a mesma resultava não apenas do artigo 1225.º do *Codice* de 1865, como também do disposto no artigo 1644.º, nos termos do qual o prestador de serviços respondia pelos atos das pessoas que empregava<sup>4221</sup>. Ora, o Autor chama a atenção para o extremamente amplo âmbito de aplicação desta norma, que inclui todos os transportes por terra e água, as sociedades que se obrigam a construir uma obra, os industriais que têm por tarefa fabricar um produto, etc., concluindo que “*sono tutti come locatori d’opera responsabili incondizionatamente delle persone che impiegano*”<sup>4222</sup>. Assim, como se pode, então, falar em excecionalidade, senão antes de uma norma geral e prevalente<sup>4223</sup>. Reforçando esta tese, o Autor invoca o artigo 1158.º do *Codice*, que responsabiliza o locatário pela perda da coisa locada proveniente de ato dos seus familiares, hóspedes ou empregados, ou ainda do sublocatário, concluindo que, também aqui, se não pode falar de um *fato alheio* ao devedor<sup>4224</sup>.

Outras disposições relevantes eram também o artigo 398.º do Código Comercial de então, que responsabilizava o transportador pelos atos dos seus dependentes, transportadores sucessivos e qualquer pessoa a quem confiasse a execução do transporte, o artigo 491.º, que responsabilizava o proprietário do

---

<sup>4220</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 188. No entanto, sobre as tendências ao nível da responsabilidade civil, veja-se JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, I – Introdução, II – Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes..., ob. cit., pp. 78 e seguintes.

<sup>4221</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 501.

<sup>4222</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 501.

<sup>4223</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 501.

<sup>4224</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 502, acrescentando que, na sua perspectiva, a norma seria aplicável a outros casos, nomeadamente ao usufrutuário e ao credor pignoratício.

navio pelos atos do capitão e da tripulação, e o artigo 1867.º, que responsabilizava o estalajadeiro pelos atos dos empregados.

Concluía, assim, Ferrara, que a responsabilidade não assumia uma natureza excecional<sup>4225</sup>.

XIII. Mais recentemente, em Espanha, Jordano Fraga parece adotar exatamente o mesmo entendimento, ao considerar que não existe um relação de regra / exceção entre as normas que preveem a responsabilidade direta e a responsabilidade indireta<sup>4226</sup>. Segundo este Autor, *“las normas que establecen formas de responsabilidad civil indirecta, no son, por principio, por sí mismas, excepcionales, son simplemente, normas diversas, que contemplan la producción indirecta del daño”*<sup>4227</sup>.

XIV. Atualmente, Hörster defende que a imputação objetiva, constante do n.º 2 do art. 483.º do CC, *“já não constitui uma exceção ao princípio da responsabilidade baseada na culpa. Ela constitui, bem pelo contrário, ao lado desta um fundamento autónomo para a imputação de danos”*<sup>4228</sup>. Se bem que concordamos com a afirmação, na perspetiva da multiplicação de consagrações legais de responsabilidade independente de culpa, ainda assim nos parece exagerada a afirmação de que a mesma deixou de constituir exceção.

Com efeito, são excecionais os casos em que uma pessoa responde pela atuação de outra. A regra ou princípio é o da responsabilidade civil subjetiva,

---

<sup>4225</sup> FRANCESCO FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, ob. cit., p. 503. O Autor acrescentava ainda, na p. 505, que seria incoerente que a responsabilidade delitual por fato de outrem valesse em termos genéricos, nos termos do artigo 1153.º, e a responsabilidade contratual valesse somente nos casos referidos na lei: *“Qui l’art. 1153 sarebbe inapplicabile ed erroneamente vi si farebbe richiamo, perche esso riguarda solo i danni compiuti in materia extra-contrattuale, cioè quando manca un precedente rapporto obbligatorio fra danneggiante e dannnggiato, e d’altra parte tale disposizione sarebbe incapace d’un estensione analogica.”*.

<sup>4226</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., p. 21, afirmando que *“se trata de dos formas diversas de responsabilidad, que responden a presupuestos (en parte) distintos, para poder así regular fenómenos de la realidad que también son distintos”*.

<sup>4227</sup> FRANCISCO JORDANO FRAGA, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, ob. cit., pp. 22 e 23.

<sup>4228</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 73.

decorrente do n.º 2 do art. 483.º do CC<sup>4229</sup>. Estes assentam numa ideia de *soziallizzazione della responsabilità*, que surge, assim, como a natural conclusão de um processo<sup>4230</sup>.

XV. Assim, concluindo, pese embora seja indiscutível que são muitos os casos em que se verifica a responsabilidade objetiva do devedor por fato de outrem, parece-nos que não podemos extrapolar este regime para um princípio geral.

Com efeito, e ao invés, o Direito Português mostra-se ainda marcado pelo traço essencial da responsabilidade assente na culpa, tal como o demonstra, indubitavelmente, o n.º 2 do artigo 483.º CC. Como assinala Menezes Cordeiro, *“De natureza excecional, no seu início, as imputações pelo risco devem hoje ser apresentadas como desvios à regra de suportação dos danos nas esferas onde ocorram, e nada mais”*<sup>4231</sup>.

---

<sup>4229</sup> Neste sentido, referindo o princípio da responsabilidade civil por culpa, cf. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Direito*, ob. cit., p. 227.

<sup>4230</sup> PIETRO RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, ob. cit., p. 762.

<sup>4231</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral, ob. cit., p. 984.

## EM ESPECIAL: RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

### Introdução

I. Uma das situações típicas de responsabilidade por fato de outrem é aquela em que o empregador é chamado a responder pelos comportamentos ilícitos dos seus trabalhadores, quer a título obrigacional, quer em termos delituais. Isso pode acontecer nos seguintes casos, que se indicam a título de exemplo:

- a) Admita-se que o empregador, um ginásio, atribuiu a um dos seus trabalhadores a função de dar formação aos colegas a nível de segurança no trabalho, e que essa formação foi incorretamente proporcionada: estamos diante de responsabilidade obrigacional, porquanto o dever de formação profissional é um dos deveres do empregador, previsto no art. 127.º, n.º 1, alínea d), do CT.
- b) Diferentemente, se um dos professores do ginásio agredir um cliente da empresa, trata-se já de responsabilidade extra-obrigacional, porquanto o interesse lesado ocorre fora da esfera contratual.
- c) Já se estaria, porém, perante responsabilidade obrigacional caso o professor não tivesse desligado uma máquina que se encontrava avariada, p.ex., com isso causando danos ao cliente.

II. Situação diversa é aquela em que o empregador responde por danos causados ao próprio trabalhador, em que se pode falar de uma *“responsabilidade civil por danos de integridade no âmbito de ligações especiais”*<sup>4232</sup>.

III. O Código do Trabalho não contempla uma disposição específica acerca da responsabilidade do empregador pela atuação dos seus

---

<sup>4232</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, ob. cit., p. 204, nota 427.

trabalhadores, donde resulta a aplicação do Direito civil<sup>4233</sup>. Ao presente estudo importam somente a primeira e a terceira situações descritas, isto é, a responsabilidade do empregador a título obrigacional, por fato dos seus trabalhadores, restringindo-se ainda dentro deste âmbito à questão específica dos acidentes de trabalho.

IV. Note-se ainda a este respeito que a jurisprudência norte-americana desde há muito defende a atribuição de *punitive damages*, quando um dos trabalhadores pratica um ato ilícito, com dolo, o qual conta com a participação ou ratificação de um superior hierárquico desse mesmo trabalhador (*theory of respondeat superior* ou *cumpricity rule*). Os danos punitivos poderiam ser atribuídos ao lesado, devendo ser suportados pela empresa a que este pertence, quando o ato doloso tenha provindo de um trabalhador com responsabilidades de chefia<sup>4234</sup>.

Neste caso, a sociedade deveria ser penalizada, nomeadamente quando se verificasse uma das seguintes situações<sup>4235</sup> a) o comitente autorizou a prática do fato; b) o comissário era incompetente e o comitente foi negligente na sua contratação; c) o comissário estava a agir no âmbito das suas funções; d) o comitente ratificou ou aprovou o ato. Em crítica, Paula Meira Lourenço assinala que a atribuição dos danos punitivos não permite atingir os fins pretendidos, “já que não é o verdadeiro culpado a sofrer as consequências, não existindo, conseqüentemente, qualquer efeito dissuasor”<sup>4236</sup>. Pelo que considera que a figura se aproxima mais do princípio do risco, *ubi commodum ibi incommoda*, “evitando-se assim que as sociedades comerciais se eximam à responsabilidade civil por fatos praticados pelos elementos de que são compostas e através dos quais actuam”<sup>4237</sup>.

---

<sup>4233</sup> Diferentemente, em França, prevê-se que “*Les chefs d’entreprise sont civilment responsables des condamnations prononcées contre leurs directeurs, gérants ou préposés*”. Sobre a questão, cf. CHRISTOPHE RADÉ, *Droit du Travail et Responsabilité Civile*, ob. cit., p. 198.

<sup>4234</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra editora, 2006, p. 171.

<sup>4235</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 171 e 172.

<sup>4236</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 172.

<sup>4237</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., p. 172.

## Prevenção de acidentes de trabalho

### Generalidades

I. Começamos por salientar que compete ao empregador prevenir os acidentes de trabalho. Os deveres do empregador em matéria de segurança e saúde e acidentes de trabalho resultam do fator interesse público ou de ordem pública que se encontra presente na relação jusbatal. Com efeito, o trabalho constitui a forma de subsistência de qualquer pessoa, sendo essencial à condição humana o estabelecimento dos pressupostos necessários ao seu correto desenvolvimento e execução.

Estes deveres são impostos por diversas fontes, destacando-se<sup>4238 4239</sup>:

- a) Artigo 59.º, n.º 1, alínea b), da Constituição, que estabelece o direito do trabalhador a condições de trabalho dignificantes e de modo a fomentar a sua realização pessoal;

---

<sup>4238</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 588 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 311 e seguintes; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 767 e seguintes, salientando, a p. 773, que se trata de um direito que tem por destinatários simultaneamente os empregadores e o Estado; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., pp. 1144 e seguintes, em especial as pp. 1156 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 660 e seguintes, onde assinala a existências das seguintes categorias de deveres: i) deveres gerais de prevenção de riscos para a saúde do trabalhador; ii) deveres de informação e consulta dos trabalhadores e dos seus representantes; iii) dever de constituição de serviços de higiene, segurança e saúde na empresa; iv) dever de assegurar a formação dos trabalhadores em matéria de higiene, segurança e saúde; PEDRO ROMANO MARTINEZ / PEDRO MADEIRA BRITO / GUILHERME MACHADO DRAY, em anotação ao artigo 127.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 334 e seguintes e, bem assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, em anotação aos artigos 281.º a 284.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 618 e seguintes.

<sup>4239</sup> Especificamente sobre o direito do trabalhador à segurança, higiene e saúde no trabalho, cf. CÉLINE ROSA PIMPÃO, *A tutela do trabalhador em matéria de segurança, (higiene) e saúde no trabalho*, Coimbra, Coimbra editora, 2011, com destaque para as pp. 83 e seguintes. Cf. ainda, na vigência da lei anterior, DIAS LOBO, *Responsabilidade objectiva do empregador por inactividade temporária devida a perigo de lesão à vida e saúde do trabalhador*, ob. cit., pp. 20 e seguintes e pp. 141 e seguintes; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Segurança e saúde no trabalho – A responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 907 e seguintes; MILENA SILVAROUXINOL, *A obrigação de segurança e saúde do trabalhador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008; PAULA QUINTAS, *Manual de Direito da Segurança e Saúde no Trabalho*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011; GIUSEPPE FEDERICO MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milão, Giuffrè Editore, 1957, pp. 53 e seguintes, e, especialmente, as pp. 97 e seguintes.

- b) O artigo 59.º, n.º 1, alínea c), da Constituição, que estabelece que todos os trabalhadores têm direito à prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde<sup>4240</sup>.
- c) O artigo 59.º, n.º 1, alínea f), da Constituição, nos termos do qual os trabalhadores têm direito à assistência e à justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional;
- d) Convenções da OIT, com destaque para a Convenção n.º 155 de 1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores<sup>4241</sup>;
- e) Diretiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, alterada pela Diretiva 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2007<sup>4242</sup>;
- f) O artigo 127.º, n.º 1, alínea c) do CT, nos termos do qual o empregador tem o dever de proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral;
- g) O artigo 127.º, n.º 1, alínea g) do CT, que impõe ao empregador a obrigação de prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a proteção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho;
- h) O artigo 127.º, n.º 1, alínea h) do CT, que impõe ao empregador o dever de adotar, no que se refere a segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram da lei ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho<sup>4243</sup>;

---

<sup>4240</sup> BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 1037 e seguintes. Cf, também J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 767 e seguintes; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., pp. 1144 e seguintes.

<sup>4241</sup> Ratificada pelo Estado Português e publicada no Diário da República, I Série, N.º 13, de 16.1.85.

<sup>4242</sup> Acerca desta Diretiva, cf. JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Segurança e saúde no trabalho – A responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho*, ob. cit., pp. 910 e seguintes.

<sup>4243</sup> Sobre o conteúdo dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 177 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 509 e seguintes; LUÍS GONÇALVES DA



- i) O artigo 127.º, n.º 1, alínea i) do CT, nos termos do qual o empregador deve fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente ou doença<sup>4244</sup>;
- j) Os artigos 281.º e 282.º CT, que estabelecem um conjunto de princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho;
- k) A Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 3/2014, de 28 de janeiro, que estabelece o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho.

II. Relativamente às Convenções da OIT, decorre da Convenção n.º 155 o seguinte:

- a) Deve existir uma política nacional que tenha em vista a prevenção dos acidentes e dos perigos para a saúde, reduzindo ao mínimo as causas de risco, na medida do que for praticável e razoável;
- b) A nível nacional, os Estados deverão manter um sistema de inspeção apropriado e suficiente;
- c) A nível da empresa, os empregadores devem:
  - a. Tomar as medidas necessárias para evitar os riscos para a saúde no local de trabalho, isto é, as medidas necessárias para que os locais de trabalho, as máquinas, os materiais e os processos de trabalho sujeitos à fiscalização não apresentem risco para a segurança e saúde dos trabalhadores;

---

SILVA, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Vol. I, ob. cit., pp. 173 e seguintes e, do mesmo Autor, *Da eficácia da convenção colectiva*, Volume II, Lisboa, 2012, pp. 727 e seguintes; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 744 e seguintes, em anotação ao artigo 56.º, n.º 4; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., pp. 1116 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I – Dogmática Geral, ob. cit., pp. 241 e seguintes; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, em anotação aos artigos 1.º, 2.º e 3.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 101 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, ob. cit., pp. 41 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações individuais de trabalho, ob. cit., pp. 43 e seguintes.

<sup>4244</sup> Assim também em Espanha, como assinala FERRÁN CAMAS RODA, *La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 33, ao referir que o empregador deve demonstrar não apenas que cumpriu as exigências legais, como também que obedeceu aos critérios de conduta plasmados no artigo 1104.º CCE, ou seja, que atuou como um bom empresário laboral, que é aquele que cumpriu de forma diligente os imperativos legais.

- b. Sempre que isso for razoável e praticamente realizável, devem ser obrigados a fazer com que as substâncias e os agentes químicos, físicos e biológicos sujeitos à sua fiscalização não apresentem risco para a saúde, desde que se encontre assegurada uma proteção correta;
- c. Fornecer, em caso de necessidade, vestuário e equipamento de proteção apropriados, a fim de prevenir, na medida em que isso for razoável e praticamente realizável, os riscos de acidentes de trabalho ou de efeitos prejudiciais à saúde
- d) Sempre que várias empresas se dediquem simultaneamente a atividades num mesmo local de trabalho, deverão colaborar na aplicação das disposições da Convenção;
- e) Devem ser previstas, em caso de necessidade, medidas que permitam fazer face a situações de urgência e a acidentes, incluindo meios suficientes para a administração de primeiros socorros;
- f) Deve ser fornecida aos trabalhadores a informação necessária e a formação adequada.

III. Importa ainda referir uma outra Convenção da OIT, apesar de esta não ter sido ratificada pelo Estado Português, que é a Convenção n.º 187, sobre o quadro promocional para a segurança e saúde no trabalho (2006)

De acordo com esta Convenção, os Estados Membros devem promover a melhoria contínua da segurança e da saúde no trabalho, com vista a prevenir todas e quaisquer lesões que possam ocorrer em virtude do trabalho.

IV. A nível europeu, desde cedo que se assumiu como preocupação comunitária a promoção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores e a sua tutela em termos de saúde, segurança e proteção na eventualidade de ocorrência de riscos sociais, como resulta desde logo do disposto nos artigos 117.º, 118.º e 118.º-A do Tratado de Roma.

Por sua vez, no Tratado que institui a Comunidade Europeia, salientam-se:

- a) O artigo 136.º, nos termos do qual a *Comunidade e os Estados-Membros (...) têm por objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões;*
- b) O artigo 137.º, nos termos do qual, a *Comunidade apoia e completa a ação dos Estados-Membros nos domínios da melhoria, principalmente, do ambiente de trabalho, a fim de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores e das condições de trabalho (...).*

No âmbito destes objetivos, foram emitidos vários documentos das instituições comunitárias sobre esta matéria, destacando-se a Diretiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, alterada pela Diretiva 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2007.

A razão de ser foi a existência de disparidades nas legislações nacionais em matéria de segurança e saúde no trabalho, e, bem assim, a necessidade de reduzir o número de acidentes de trabalho e doenças profissionais<sup>4245</sup>.

---

<sup>4245</sup> Porém, há muitos outros documentos relevantes a nível europeu, dos quais destacamos:

- a) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 21 de fevereiro de 2007, com o objetivo de melhorar a qualidade e a produtividade do trabalho: estratégia comunitária para a saúde e a segurança no trabalho 2007-2012, onde se estabelece uma relação entre a melhoria da qualidade e produtividade do trabalho com a promoção do crescimento económico e do emprego.
- b) Resolução do Conselho Europeu, de 25 de junho de 2007, sobre uma nova estratégia comunitária de saúde e segurança no trabalho (2007/C 145/01), na qual se salienta a dimensão humana e a dimensão económica do estabelecimento de condições de saúde e segurança no trabalho.
- c) Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de janeiro de 2008, sobre a estratégia comunitária 2007-2012 para a saúde e a segurança no trabalho, onde se salienta a necessidade de proteção específica de determinadas categorias de trabalhadores vulneráveis, de determinadas empresas, desde logo as pequenas e médias empresas e de determinados sectores de atividade, em particular a construção civil, a pesca, a agricultura e os transportes. De referir ainda que, nesta Resolução, o Parlamento

De acordo com a Diretiva:

- a) O seu objeto, constante do artigo 1.º, consiste na execução de medidas destinadas a promover o melhoramento da segurança e saúde dos trabalhadores no trabalho;
- b) O âmbito de aplicação, nos termos do artigo 2.º, são todos os setores de atividade, incluindo setor público e privado. Porém, a Diretiva não se aplica *sempre que se oponham de forma vinculativa determinadas particularidades inerentes a certas atividades específicas da função pública, nomeadamente das forças armadas ou da polícia;*
- c) Salientam-se os *Nove Princípios Gerais de Prevenção de acordo com a Diretiva 89/391/CEE*:
  - a. Evitar os riscos;
  - b. Avaliar os riscos que não possam ser evitados;
  - c. Combater os riscos na origem;
  - d. Adaptar o trabalho ao homem, especialmente no que se refere à conceção dos postos de trabalho, bem como à escolha dos equipamentos de trabalho e dos métodos de trabalho e de

---

Europeu insta os Estados Membros a ratificar a Convenção n.º 187 da OIT e a aplicar a Recomendação n.º 197 da OIT;

- d) Regulamento (CE) n.º 2062/94, que institui uma Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1643/95, do Conselho, de 29 de Junho de 1995;
- e) Regulamento (CEE) n.º 1365/75, relativo à criação de uma Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Trabalho, alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1947/93, do Conselho, de 30 de junho de 1993;
- f) Diretiva 98/37, de 22 de junho de 1998, relativa à harmonização das legislações nacionais relativas às máquinas;
- g) Diretiva 2001/45/CE, de 27 de junho, sobre as prescrições mínimas de segurança e saúde para a utilização pelos trabalhadores de equipamentos de trabalho;
- h) Diretiva 91/383/CEE, do Conselho, de 25 de junho, que completa a aplicação de medidas tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores que têm uma relação de trabalho a termo ou uma relação de trabalho temporária;
- i) Diretiva 92/85/CEE, do Conselho, de 19 de outubro, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho;
- j) Diretiva n.º 94/33/CE, do Conselho, de 22 de junho, relativa à proteção dos jovens no trabalho;
- k) Decisão n.º 2003/C218/01, do Conselho, de 22 de junho, que procede à criação do Comité Consultivo para a Segurança, Higiene e Proteção da Saúde no Local de Trabalho.

Em Portugal, destaca-se também a Resolução do Conselho de Ministros n.º 59/2008, de 1 de abril, que aprova a Estratégia Nacional para a Segurança e Saúde no Trabalho 2008-2012.

produção, tendo em vista, nomeadamente, atenuar o trabalho monótono e o trabalho cadenciado e reduzir os efeitos destes sobre a saúde;

- e. Ter em conta o estágio de evolução da técnica;
  - f. Substituir o que é perigoso pelo que é isento de perigo ou menos perigoso;
  - g. Planificar a prevenção com um sistema coerente que integre a técnica, a organização do trabalho, as condições de trabalho, as relações sociais e a influência dos fatores ambientais no trabalho;
  - h. Dar prioridade às medidas de prevenção coletiva em relação às medidas de proteção individual;
  - i. Dar instruções adequadas aos trabalhadores.
- d) Artigos 5.º e 6.º da Diretiva, nos termos dos quais constitui *obrigação do empregador* a de assegurar a segurança e saúde dos trabalhadores em todos os aspetos relacionados com o trabalho, *não se isentando de tal obrigação mesmo que atribua essa tarefa a terceiro*, sendo que:
- a. As medidas de proteção coletiva devem ter prioridade em relação às medidas de proteção individual;
  - b. Em caso de várias empresas estarem presentes no mesmo local, as respetivas entidades patronais devem cooperar na aplicação das disposições relativas à segurança e saúde no trabalho
- e) O empregador tem ainda a obrigação de prever os riscos profissionais: deve evitar os riscos, avaliar os riscos que não possam ser evitados e combater os riscos na sua origem<sup>4246</sup>;

---

<sup>4246</sup> Aqui se inclui: a) o dever de avaliação dos riscos para a segurança e saúde no trabalho, incluindo os referentes a categorias especiais de trabalhadores; b) o dever de determinar as medidas de proteção a tomar; c) o dever de avaliar os riscos para a segurança e saúde no trabalho na escolha dos equipamentos e das substâncias utilizadas no trabalho; d) o dever de, sempre que atribuir uma tarefa a um trabalhador, tomar em consideração as suas capacidades em matéria de segurança e saúde no trabalho; e) o dever de tomar as medidas adequadas para que só os trabalhadores que tenham recebido uma instrução adequada possam ter acesso a zonas de risco grave e específico; f) o dever de tomar medidas que permitam aos trabalhadores, em caso de perigo grave, imediato e que não possa ser evitado, cessar a sua atividade e abandonar imediatamente o local de trabalho; g) exceto em casos excecionais e devidamente

- f) Artigos 8.º, 10.º e 12.º da Diretiva: o empregador tem a obrigação de informação e formação: deve informar imediatamente os riscos existentes e as medidas tomadas para o evitar ou diminuir, bem como consultar os trabalhadores e/ou os seus representantes em todas as questões relativas à segurança e saúde no trabalho e ainda garantir que cada trabalhador recebe uma formação simultaneamente suficiente e adequada em matéria de segurança e saúde no trabalho;
- g) Artigo 7.º da Diretiva: obrigação de criação de um sistema organizado e de meios necessários, nos termos do qual o empregador deve designar um ou mais trabalhadores para se ocuparem das atividades de proteção e de prevenção dos riscos profissionais na empresa ou estabelecimento, ou, caso os meios da empresa ou estabelecimento sejam insuficientes, recorrer a entidades (pessoas ou serviços) exteriores à empresa ou estabelecimento;
- h) Artigo 14.º da Diretiva: devem ser adotadas medidas de vigilância adequada da saúde dos trabalhadores.

De igual modo os trabalhadores têm obrigações, desde logo as previstas no artigo 13.º da Diretiva<sup>4247</sup>.

V. A nível de Direito interno, são muitos os diplomas que estabelecem obrigações do empregador na matéria de segurança e saúde no trabalho.

Para além do Código do Trabalho, assinalam-se os seguintes diplomas:

- a) Decreto-Lei n.º 50/2005, de 25 de fevereiro, sobre as prescrições mínimas de segurança e saúde para a utilização pelos trabalhadores de equipamentos de trabalho;
- b) LAT, aprovada pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro;

---

fundamentados, abster-se de pedir aos seus trabalhadores que retomem a sua atividade numa situação em que persista um perigo grave e imediato; h) a proibição de cobrança de qualquer encargo aos trabalhadores.

<sup>4247</sup> De entre as quais destacamos: a) a obrigação de cuidar da sua segurança e saúde, bem como das pessoas afetadas pelas suas ações ou omissões no trabalho; b) o dever de utilizar corretamente as máquinas, aparelhos, instrumentos, substâncias perigosas, equipamentos de transporte e outros meios; c) o dever de utilizar corretamente o equipamento de proteção; d) o dever de comunicar imediatamente à entidade empregadora ou aos trabalhadores com funções nessa área qualquer perigo grave e imediato para a segurança e saúde.

- c) Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, alterada pela Lei n.º 42/2012, de 28 de agosto e pela Lei n.º 3/2014, de 28 de janeiro;
- d) Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro;
- e) Decreto-Lei n.º 24/2012, de 6 de fevereiro;
- f) Decreto Regulamentar n.º 47/2012, de 31 de julho;
- g) Portaria n.º 256/2011, de 5 de julho

VI. O Decreto-Lei n.º 50/2005 transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2001/45/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde para a utilização pelos trabalhadores de equipamentos de trabalho, e revoga o Decreto-Lei n.º 82/99, de 16 de Março, aplicando-se a todos os ramos de atividade dos setores privado, cooperativo e social, administração pública central, regional e local, institutos públicos e demais pessoas coletivas de direito público, bem como a trabalhadores por conta própria.

Para o tema em análise, importa destacar as obrigações do empregador:

- a) Artigo 3.º:
  - a. Obrigação de assegurar que os equipamentos de trabalho são adequados ou convenientemente adaptados ao trabalho a efetuar e garantem a segurança e a saúde dos trabalhadores durante a sua utilização;
  - b. Atender, na escolha dos equipamentos de trabalho, às condições e características específicas do trabalho, aos riscos existentes para a segurança e a saúde dos trabalhadores, bem como aos novos riscos resultantes da sua utilização;
  - c. Tomar em consideração os postos de trabalho e a posição dos trabalhadores durante a utilização dos equipamentos de trabalho, bem como os princípios ergonómicos;
  - d. Quando os procedimentos previstos nas alíneas anteriores não permitam assegurar eficazmente a segurança ou a saúde dos trabalhadores na utilização dos equipamentos de trabalho,

tomar as medidas adequadas para minimizar os riscos existentes;

e. Assegurar a manutenção adequada dos equipamentos de trabalho durante o seu período de utilização, de modo que os mesmos respeitem os requisitos mínimos de segurança constantes dos artigos 10.º a 29.º e não provoquem riscos para a segurança ou a saúde dos trabalhadores.

- b) Artigo 6.º: dever de verificação inicial e periódico por parte do empregador;
- c) Artigo 8.º: dever de informação dos trabalhadores e dos seus representantes;
- d) Artigo 9.º: dever de consulta, por escrito, pelo menos duas vezes por anos;

De assinalar são ainda os requisitos mínimos aplicáveis a equipamentos de trabalho, contemplados nos artigos 11.º a 22.<sup>o4248</sup>, bem como a exigência de requisitos adicionais em relação a equipamentos móveis (artigos 23.º a 26.º) e a equipamentos de elevamento de cargas (artigos 27.º a 29.º e 33.º)<sup>4249</sup>.

VII. Verifica-se que, para além do dever de pagar a retribuição, sobre o empregador impendem um conjunto de deveres, integradas num *dever de assistência* e emanados em grande parte do Princípio da boa fé<sup>4250</sup>: o trabalhador não é uma simples peça do processo produtivo: ele deve ser perspectivado pelo

---

<sup>4248</sup> Sem ser demasiado exaustivo, enunciam-se alguns destes requisitos: a) os equipamentos devem ter um sistema de comando que possibilite a sua entrada em funcionamento através de uma ação voluntária; b) os equipamentos devem ter um sistema de comando que possibilite a sua paragem geral em condições de segurança e a sua paragem em caso de emergência; c), sistemas de comando visíveis e identificáveis; d) os equipamentos de trabalho devem ser estabilizados por fixação; e) os elementos móveis de um equipamento de trabalho que possam causar acidentes por contato mecânico devem dispor de protetores que impeçam o acesso às zonas perigosas; f) as zonas e pontos de trabalho ou de manutenção dos equipamentos de trabalho devem estar convenientemente iluminados em função dos trabalhos a realizar; g) os dispositivos de alerta do equipamento de trabalho devem poder ser ouvidos e compreendidos facilmente e sem ambiguidades.

<sup>4249</sup> Destacando-se que é proibida a presença de trabalhadores sob cargas suspensas ou a deslocação de cargas suspensas por cima de locais de trabalho não protegidos e habitualmente ocupados por trabalhadores, exceto se a boa execução dos trabalhos não puder ser assegurada de outra forma e se forem adotadas as medidas de proteção adequadas.

<sup>4250</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 588 e 589.



empregador como uma pessoa que se integra na estrutura empresarial, como um colaborador, numa ótica de humanização da relação laboral. Assim se justifica o dever de o empregador *proporcionar boas condições de trabalho e contribuir para a elevação da produtividade do trabalhador*<sup>4251</sup>.

De acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 127.º do CT, o empregador tem o dever de proporcionar boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico, como moral. A este dever corresponde, em contrapartida, um direito do trabalhador, de modo que, em caso de incumprimento, goza este do direito de resolução unilateral do contrato de trabalho, com fundamento em justa causa (cf. artigo 394.º, n.º 2, alínea d), do CT), ou seja, a falta de condições de segurança e saúde no trabalho, devida a culpa do empregador.

O Código do Trabalho de 2003 referia, a respeito deste dever, não apenas a segurança e saúde no trabalho, como igualmente a higiene. Em 2009, passou a ser referida somente a segurança e saúde no trabalho, mas entende-se que está aqui incluída também a higiene.

VIII. Este dever do empregador encontra-se regulamentado da Lei n.º 102/2009. As regras gerais relativas à prevenção dos riscos profissionais foram, primeiramente, sistematizadas no DL n.º 441/91, de 14 de novembro<sup>4252</sup>, nos termos do qual já se previa que a atividade de prevenção do empregador deveria ser exercida sobre *todos os componentes materiais do trabalho*, aqui se incluindo as instalações, equipamentos, matérias-primas, substâncias e agentes químicos, físicos e biológicos e a organização do trabalho<sup>4253</sup>.

Atualmente, destaca-se o disposto nos seguintes preceitos da Lei n.º 109/2009:

- a) Artigo 15.º/2: o empregador deve zelar, de forma continuada e permanente, pelo exercício da atividade em condições de segurança e de saúde para o trabalhador, tendo em conta os princípios gerais de

---

<sup>4251</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 588.

<sup>4252</sup> FERNANDO RIBEIRO LOPES, *Regime legal da prevenção dos acidentes de trabalho*, em *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Almedina, 2001, p. 583.

<sup>4253</sup> FERNANDO RIBEIRO LOPES, *Regime legal da prevenção dos acidentes de trabalho*, ob. cit., p. 583.

prevenção, de entre os quais se assinalam, em especial, o dever de identificação dos riscos previsíveis em todas as atividades da empresa, estabelecimento ou serviço, na conceção ou construção de instalações, locais e processos de trabalho e na seleção de equipamentos, substâncias e produtos, com vista à eliminação dos mesmos ou à redução dos seus efeitos, o dever de combate aos riscos na origem, o dever de adaptação do trabalho ao homem, especialmente no que se refere à conceção dos postos de trabalho, à escolha de equipamentos de trabalho e aos métodos de trabalho e produção, com vista a, nomeadamente, atenuar o trabalho monótono e o trabalho repetitivo e reduzir os riscos psicossociais, a priorização das medidas de proteção coletiva, em relação às medidas de proteção individual, a elaboração e divulgação de instruções compreensíveis e adequadas à atividade desenvolvida pelo trabalhador;

- b) Artigo 15.º/4: sempre que o empregador atribua tarefas a um trabalhador, deve tomar em consideração os seus conhecimentos e as suas aptidões em matéria de segurança e saúde no trabalho, cabendo ao empregador fornecer as informações e a formação necessárias ao desenvolvimento da atividade em condições de segurança e de saúde;
- c) Artigo 15.º/5: sempre que seja necessário aceder a zonas de risco elevado, o empregador deve permitir o acesso apenas ao trabalhador com aptidão e formação adequadas e pelo tempo mínimo necessário;
- d) Artigo 15.º/6: em caso de perigo grave e iminente que não possa ser tecnicamente evitado, o empregador deve adotar medidas e dar instruções que permitam ao trabalhador cessar a sua atividade ou afastar-se imediatamente do local de trabalho, sem que possa retomar a sua atividade enquanto persistir esse perigo, salvo em casos excecionais e desde que assegurada a proteção adequada;
- e) Artigo 15.º/9: o empregador deve estabelecer medidas em matéria de primeiros socorros, combate a incêndios e evacuação, identificando os trabalhadores responsáveis pela sua aplicação;

Sublinhe-se ainda, tal como decorre do n.º 12 do artigo 15.º, que os encargos com a organização e o funcionamento do serviço de segurança e saúde no trabalho correm por conta do empregador, constituindo contraordenação muito grave em caso de violação de qualquer destas obrigações, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil.

Resulta assim do enquadramento jurídico atual que o trabalhador tem direito à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde, as quais devem ser asseguradas:

- a) Pelo empregador;
- b) Ou, nas situações identificadas na lei, pela pessoa, individual ou coletiva, que detenha a gestão das instalações em que a atividade é desenvolvida.

O sistema assenta no princípio de prevenção de riscos profissionais (artigos 5.º e 6.º Lei n.º 102/2009).

IX. Em consonância com o artigo 281.º/6 CT, nos termos do qual são proibidos ou condicionados os trabalhos considerados suscetíveis de implicar riscos para o património genético do trabalhador ou dos seus descendentes, os artigos 41.º e seguintes da Lei 102/2009 regulamentam este tema, do seguinte modo<sup>4254</sup>:

- a) Artigo 42.º: dever de prevenção por parte do empregador, que deve verificar a existência de agentes ou fatores que possam ter efeitos prejudiciais para o património genético e avaliar os correspondentes riscos. Esta avaliação deve ser feita trimestralmente, bem como sempre que ocorra alteração das condições de trabalho suscetível de afetar a exposição dos trabalhadores, sempre que os resultados da vigilância da saúde o justifiquem e ainda sempre que se verifique o desenvolvimento científico nesta matéria;

---

<sup>4254</sup> Neste âmbito, destaca-se ainda o Decreto-Lei n.º 24/2012, de 6 de fevereiro, que procede à consolidação da transposição de diretivas comunitárias em matéria de proteção dos trabalhadores contra os riscos para a segurança e saúde no trabalho devido à exposição a agentes químicos no trabalho.

- b) Artigo 41.º: contém uma enumeração exemplificativa de agentes químicos, físicos e biológicos que podem implicar riscos para o património genético.

X. Para além disso, o art. 282.º CT estabelece para o empregador deveres de informação e de consulta dos trabalhadores e dos seus representantes em matéria de segurança e saúde no trabalho, bem como o dever de assegurar a formação dos trabalhadores em matéria de segurança, higiene e saúde (artigo 282.º/3 CT).

A regulamentação destas obrigações encontra-se nos artigos 18.º e seguintes da Lei 102/2009, onde são impostos ao empregador os seguintes deveres:

- a) Artigo 18.º: consulta periódica dos representantes dos trabalhadores;
- b) Artigo 19.º: informação dos trabalhadores, a ter lugar no momento de admissão na empresa, em caso de mudança de posto de trabalho ou funções, de introdução de novos equipamentos de trabalho ou alteração dos existentes, de adoção de uma nova tecnologia ou ainda para atividades que envolvam trabalhadores de diversas empresas;
- c) Artigo 20.º: formação dos trabalhadores: a regra é a de que o trabalhador tem direito a receber uma formação adequada em matéria de segurança e saúde no trabalho, tendo em atenção o posto de trabalho e o exercício de atividades de risco elevado; no entanto, há um regime especial, nos termos do qual o empregador deve assegurar a formação dos trabalhadores responsáveis pela aplicação das medidas de primeiros socorros, de combate a incêndios e de evacuação dos trabalhadores, bem como facultar-lhes material adequado;
- d) Artigo 22.º: formação dos representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho;
- e) Artigo 24.º: prestação de apoio aos representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho;

- f) Artigo 25.º: dever de realizar reuniões periódicas com os representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho.

XI. O empregador pode atribuir o cumprimento destes deveres a *auxiliares de cumprimento*, desde logo certos trabalhadores, titulares de poderes de direção por delegação - art. 128.º/2 CT - ou mesmo a empresas especializadas em higiene e segurança no trabalho. Em todo o caso, é o empregador que responde pelo seu cumprimento, nos termos gerais do art. 800.º/1 do CC.

Pode ser especialmente relevante o cumprimento destes deveres em caso de *atividades simultâneas ou sucessivas*, tema que tem sido desde cedo objeto de preocupação por parte do legislador:

- a) Artigo 281.º/4 CT: estabelece o dever de cooperação entre empregadores que desenvolvam simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho;
- b) Artigo 16.º/1 da Lei n.º 102/2009, que consagra um regime especial para o caso em que várias empresas, estabelecimentos ou serviços desenvolvem, simultaneamente, atividades com os seus trabalhadores no mesmo local de trabalho: *nesta hipótese, devem todos os empregadores cooperar no sentido da proteção da segurança e da saúde*;
- c) Artigo 16.º/2 da Lei n.º 102/2009: impõe o dever de assegurar a segurança e a saúde de todos os trabalhadores que se encontrem nesse local no caso de:
  - a. Empresa utilizadora, para os trabalhadores em regime de trabalho temporário;
  - b. Empresa cessionária, para os trabalhadores em regime de cedência ocasional;
  - c. Empresa em cujas instalações outros trabalhadores prestam serviço ao abrigo de contratos de prestação de serviços;

d. Nos restantes casos, empresa adjudicatária da obra ou do serviço.

Note-se que, nos casos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 16.º da Lei n.º 102/2009, não terá aplicação do art. 800.º/1 do CC. Com efeito, aqui as empresas serão, elas mesmas, titulares do dever de adotar as medidas de prevenção e de segurança necessárias. Ora, sendo elas mesmas devedoras de tal obrigação, não se poderão, em simultâneo, considerar auxiliares de cumprimento.

## Os acidentes de trabalho

### Primeira aproximação ao tema; evolução legislativa

I. Em matéria de acidentes de trabalho os deveres e a responsabilidade do empregador encontram-se previstos em especial na LAT, constante da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro. Não obstante, como se assinalou, trata-se de matéria com dignidade constitucional e, além disso, que se encontra também contemplada no Código do Trabalho.

A LAT é aplicável a todos os ramos de atividade, nos setores privados, cooperativo e social, ao trabalhador por conta de outrem e ao respetivo empregador, incluindo pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos (cf. art. 3.º LAT).

O âmbito de aplicação da LAT extravasa o conceito restrito de trabalhador, incluindo igualmente pessoas que prestam a sua atividade sem subordinação jurídica<sup>4255</sup>. Tal resulta do artigo 4.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que determina a aplicação desta lei:

- a) Ao praticante, aprendiz, estagiário e demais situações que devam considerar-se de formação profissional;

---

<sup>4255</sup> Sobre o conceito de trabalhador e a sua diferenciação face a figuras próximas, cf.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 125 e seguintes e pp. 517 e seguintes; RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho*, I, ob. cit., pp. 52 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 120 e seguintes e pp. 271 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 63 e seguintes e pp. 260 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., em especial as pp. 23 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, ob. cit., pp. 101 e seguintes; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Volume I, ob. cit., pp. 141 e seguintes; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho. Ensaio*, ob. cit., pp. 19 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, ob. cit., pp. 65 e seguintes; MÁRIO PINTO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (Dec.-Lei n.º 49408, de 24-XI-69), ob. cit., pp. 22 e seguintes; JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 75 e seguintes e pp. 343 e seguintes; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 305 e seguintes; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 65 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, em anotação ao artigo 11.º, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 131 e seguintes; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Segurança e saúde no trabalho – A responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho*, ob. cit., pp. 923 e seguintes; MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volume I, ob. cit., pp. 197 e seguintes.

- b) A administrador, diretor, gerente ou equiparado, sem contrato de trabalho, que seja remunerado por essa atividade;
- c) A prestador de trabalho, sem subordinação jurídica, que desenvolve a sua atividade na dependência económica, nos termos do art. 10.º do CT.

II. Os acidentes de trabalho são uma das matérias em que, originariamente, a doutrina procurava responsabilizar o empregador pelos acidentes de trabalho com base na sua própria culpa<sup>4256</sup>. Exemplo disso é a conhecida sentença da Corte Suprema da Baviera, em que o tribunal alemão decidiu que o exercício da indústria ferroviária constituía, em si mesmo, um fato culposos.

No entanto, devido às manifestas insuficiências da recondução da responsabilidade do empregador à culpa, assinaladas pela generalidade da doutrina e já referidas no capítulo anterior, começou a recorrer-se antes à ideia

---

<sup>4256</sup> Sobre o tema, cf.: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 767 e seguintes, e, do mesmo Autor, *Acidentes de trabalho*, Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1996. Cf. ainda PEDRO ROMANO MARTINEZ, em anotação aos artigos 281.º a 284.º, *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 618 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 347 e seguintes e, do mesmo Autor, *Acidentes de trabalho e responsabilidade civil (A natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual)*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, Dezembro / 1988, pp. 773 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre os acidentes de trabalho em situação de greve*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, III, Lisboa, Dezembro de 1993, pp. 521 e seguintes; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *A greve e os acidentes de trabalho*, Lisboa, AAFDL, 1998, pp. 47 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra, Coimbra editora, 2013, pp. 5 e seguintes; ANA ESTELA LEANDRO, *O conceito de acidente de trabalho*, Volume I, Lisboa, 1998, em especial as pp. 141 e seguintes; J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra acidentes de trabalho, I – Da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro*, Lisboa, Empresa Lusitana Editora, 1913, pp. 90 e seguintes; ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação Conexa Anotados*, ob. cit., pp. 191 e seguintes. JOÃO AUGUSTO PACHECO E MELO FRANCO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, em AAVV, *Direito do Trabalho*, Boletim do Ministério da Justiça (Suplemento), Lisboa, 1979, pp. 55 e seguintes. No Direito Italiano: G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume I – Colpa extra-contrattuale, 2.ª edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1903, pp. 214 e seguintes e ainda GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Tradução de Joaquim Bisbal, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, especialmente as pp. 241 e seguintes, onde analisa o problema da responsabilidade baseada na culpa e suas repercussões ao nível dos custos associados aos acidentes. Sobre a responsabilidade pelos acidentes de trabalho em Espanha, cf. também FERRÁN CAMAS RODA, *La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 19 e seguintes.



de risco profissional, apelando a critérios de responsabilidade objetiva, de que constitui primeiro exemplo a lei francesa de 1 de julho de 1938<sup>4257</sup>.

III. Actualmente, reconhece-se a existência de três sistemas de responsabilidade por acidentes de trabalho<sup>4258</sup>:

- a) Sistema de seguros sociais obrigatórios, primeiramente estabelecido na Alemanha, sendo suportado pelas contribuições dos empregadores;
- b) Sistema de risco profissional sem forma obrigatória de garantia, consagrado de forma pioneira pela Inglaterra pela Lei de 6 de agosto de 1897, por via do qual as empresas eram obrigadas a reparar todos os danos em caso de acidente industrial, mesmo quando devido a caso fortuito ou de força maior;
- c) Sistema de risco profissional com seguro de responsabilidade civil dos patrões, estabelecido em França em finais do século XIX.

IV. Vejamos de seguida e, ainda que de forma sucinta, a evolução desta matéria no Direito nacional.

Primeiramente, o Código de Seabra determinava que a responsabilidade do empregador era aquiliana, baseando-se no art. 2398.<sup>4259</sup>, nos termos do qual:

*Os patrões são responsáveis pelos acidentes que, por culpa sua ou de agentes seus, ocorrerem à pessoa de alguém, quer esses danos procedam de fatos, quer da omissão de fatos, se os primeiros forem contrários aos regulamentos gerais ou aos particulares de semelhantes obras, indústrias, trabalho ou empregos e os segundos exigidos pelos ditos regulamentos*

---

<sup>4257</sup> JOÃO AUGUSTO PACHECO E MELO FRANCO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., pp. 56 e 57.

<sup>4258</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, pp. 244 e seguintes.

<sup>4259</sup> JOÃO AUGUSTO PACHECO E MELO FRANCO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 57.

V. Esta situação apenas se modificou com a Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913, na qual, pela primeira vez, se consagrou a *teoria do risco profissional*. Lei esta que foi regulamentada pelos Decretos n.ºs 938, de 9 de outubro de 1914 e 4288 (Regulamento da Lei dos Desastres de Trabalho), de 9 de março de 1918. De acordo com o regime plasmado nesta lei, o risco inerente a toda e qualquer atividade profissional deveria recair sobre a entidade empregadora, por ser esta quem auferia os lucros dessa mesma atividade<sup>4260</sup>.

Por sua vez, o Decreto n.º 4288, de 22 de maio de 1918, sobre *desastres de trabalho*, determinava, no seu artigo 172.º, que “o patrão fica isento de responsabilidade, quando o desastre suceder por virtude de cataclismos, tais como fenómenos sísmicos, inundações, tempestades e outros de natureza semelhante, guerra, e, duma maneira geral, todos os casos que, estando sujeitos ao risco geral, forem considerados de força maior”.

VI. Seguiu-se a Lei n.º 1942, de 27 de julho de 1936, que passou a adotar a conceção do *risco económico ou de autoridade*<sup>4261</sup>. A responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho não se limita aqui à prestação propriamente dita, abrangendo outras situações, como p.ex. o acidente *in itinere*.

A Lei n.º 1942 estabelecia o regime dos acidentes de trabalho ou doenças profissionais e da responsabilidade patronal, nos seguintes termos<sup>4262</sup>:

*Artigo 1.º*

*Terão direito a assistência clínica, seja qual for a forma por que deva ser prestada, a medicamentos e às indemnizações ou pensões fixadas nesta lei todos os trabalhadores, por conta de outrem, vítimas de um acidente de trabalho que lhes ocasione alguma lesão ou doença, nos casos seguintes:*

*1.º No local e durante o tempo do trabalho;*

---

<sup>4260</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 71, Maio – Agosto, 2005, p. 105.

<sup>4261</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 105.

<sup>4262</sup> Sobre esta, cf. A. VEIGA RODRIGUES, *Acidentes de trabalho. Anotações à Lei n.º 1942*, Coimbra, Coimbra editora, s.d.

2.º Na prestação de trabalho ou fora do local e tempo do trabalho normal, se ocorrer enquanto se executam ordens ou realizam serviços sob a autoridade da entidade patronal;

3.º Na execução de serviços espontâneamente prestados pelos seus trabalhadores à entidade patronal de que lhe possa resultar proveito económico;

§ único. Se a lesão ou doença não fôrem reconhecidas logo a seguir ao acidente, compete à vítima provar que foram conseqüências dêle.

#### Artigo 2.º

Não é acidente de trabalho, embora caiba em algum dos números do artigo anterior:

1.º O que fôr intencionalmente provocado pelo sinistrado;

2.º O que provier de acto ou omissão da vítima contra ordens expressas, e logo propositadamente infringidas, das pessoas a quem estiver profissionalmente subordinada, ou de acto seu em que deminuem as condições de segurança do trabalho estabelecidas pela entidade patronal ou exigidas pela natureza particular do trabalho;

3.º O que fôr conseqüência de ofensas corporais voluntárias, salvo se estas tiverem relação imediata com outro acidente ou a vítima as sofrer por causa de funções de direcção ou vigilância que desempenhe;

4.º O que resultar da privação do uso da razão do sinistrado, permanente ou accidental, nos têrmos do artigo 353.º do Código Civil, se aquela não derivar da própria prestação do trabalho, ou se a entidade patronal ou seu representante, conhecendo o estado da vítima, consentir nesta prestação.

5.º O que provier de caso de fôrça maior.

§ único. Só se considera caso de fôrça maior o que fôr devido a fôrças invencíveis da natureza, actuando independentemente de qualquer intervenção humana, e, sendo devido a estas fôrças, não constitua um risco natural da profissão nem se produza ao executar trabalhos expressamente ordenados pela entidade patronal em condições de perigo evidente.

(...)

#### Artigo 6.º

*As entidades responsáveis pelas indemnizações e mais encargos provenientes de acidentes de trabalho são:*

*1.º As pessoas singulares e as colectivas de direito público ou provado que utilizem o trabalho;*

*2.º O empreiteiro ou sub-empreiteiro quando se obriga respectivamente para com o proprietário ou empreiteiro a executar a obra e não esteja sob a direcção efectiva destes.*

*§ único. São isentas de responsabilidade:*

*1.º As pessoas que utilizem serviços de outrem, independentemente da sua autoridade, direcção ou fiscalização;*

*2.º As pessoas que chamem um ou mais trabalhadores para lhes prestarem qualquer serviço ocasional, por algumas horas ou alguns dias, desde que este não implique o estabelecimento de relações habituais de patrão e empregado, nem seja prestado na exploração da indústria ou à actividade profissional das mesmas pessoas;*

*3.º As pessoas que dêem o trabalho sem carácter de exploração económica, no domicílio ou estabelecimento próprio do trabalhador;*

*3.º As pessoas que, trabalhando habitualmente sós, chamem para as auxiliar, acidentalmente, um ou mais trabalhadores.*

#### *Artigo 7.º*

*Sem prejuízo da responsabilidade da entidade patronal, quando existir, os sinistrados ou, por sub-rogação legal, a entidade patronal ou seguradora teem, quando o acidente fôr produzido por culpa de terceiros ou por dolo dos companheiros, acção contra estes, nos termos da lei geral.*

*§ 1.º Para os efeitos desta lei consideram-se terceiros todos aqueles que não sejam companheiros ou a entidade patronal por si e nas pessoas de quem a represente na direcção do trabalho.*

*§ 2.º Se a vítima do acidente receber de terceiros ou de companheiros a totalidade da indemnização arbitrada, e esta fôr superior à devida pelas entidades patronais, ficarão estas desoneradas das respectivas obrigações e terão direito a ser reembolsadas pela vítima, das quantias que tiverem pago ou despendido.*

(...)

De acordo com este art. 7.º, verificava-se a irresponsabilidade do empregador, se o acidente fosse causado por um companheiro de trabalho, no sentido em que havia total direito de regresso contra este<sup>4263</sup>.

Relevante era o artigo 27.º da Lei de 1942, onde se previa o agravamento da responsabilidade do empregador quando o acidente resultasse da *falta de observância das disposições legais sobre higiene e segurança dos lugares de trabalho e profilaxia dos acidentes*, ou se fosse *dolosamente causado*<sup>4264</sup>.

VII. Por sua vez, na Lei n.º 2127, de 3 de agosto de 1965<sup>4265</sup> <sup>4266</sup>:

#### BASE XVII

##### *Casos especiais de reparação*

1. *Quando o acidente tiver sido dolosamente provocado pela entidade patronal ou seu representante, as pensões a indemnizações previstas na base anterior fixar-se-ão segundo as regras seguintes:*

(...)

2. *Se o acidente tiver resultado de culpa da entidade patronal ou do seu representante, as pensões e indemnizações serão agravadas segundo o prudente arbítrio do juiz, até aos limites previstos no número anterior.*

(...)

#### BASE XLIII

---

<sup>4263</sup> A. VEIGA RODRIGUES, *Acidentes de trabalho. Anotações à Lei n.º 1942*, ob. cit., p. 66.

<sup>4264</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 71, Maio – Agosto, 2005, p. 115, chama a atenção que, à data, a jurisprudência considerava existir responsabilidade somente por violação das disposições *legais*, e não pelo incumprimento de usos e regras de técnica, daí que a lei posterior tenha passado a referir, genericamente, a *culpa da entidade patronal*, por forma a abranger todas estas situações.

<sup>4265</sup> Sobre a delimitação concetual da figura do acidente de trabalho nesta lei, cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre os acidentes de trabalho em situação de greve*, ob. cit., pp. 545 e seguintes. Cf. ainda, sobre esta lei, VÍTOR RIBEIRO, *Acidentes de trabalho. Reflexões e notas práticas*, Lisboa, Rei dos Livros, 1984, pp. 25 e seguintes. Cf. ainda: JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, Lisboa, Livraria Petrony, 1980, em especial as pp. 81 e seguintes; ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação Conexa Anotados*, ob. cit., pp. 191 e seguintes. No Direito Italiano: G. P. CHIRONI, *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume I – Colpa extra-contrattuale, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1903, pp. 214 e seguintes.

<sup>4266</sup> JOÃO AUGUSTO PACHECO E MELO FRANCO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., pp. 61 e seguintes.

4. Nos casos previstos n.ºs 1 e 2 da Base XVII, a instituição seguradora será apenas subsidiariamente responsável pelas prestações normais previstas nesta lei.

Para o tema em análise, releva atentar na Base XVII desta lei, equivalente ao atual art. 18.º LAT. Nos termos do preceito, a indemnização era agravada, em caso de culpa do empregador ou do seu representante legal. Culpa podia ser de culpa grave ou leve<sup>4267</sup>, tanto da entidade patronal como do seu representante<sup>4268</sup>.

Podia, inclusivamente, a violação de tais regras ser decorrente de outro trabalhador, desde logo um *encarregado de segurança*, como decidido pelo STA em 9 de dezembro de 1975<sup>4269</sup>.

Já então a doutrina considerava que não era suficiente a culpa da entidade patronal, sendo ainda necessário um nexo de causalidade entre a violação das normas legais sobre segurança e o acidente<sup>4270</sup>.

VIII. Este regime era então regulamentado pelo DL n.º 360/71, de 21 de agosto, nos termos de cujo art. 54.º:

*Para efeito do disposto no n.º 2 da Base XVII, considera-se ter resultado de culpa da entidade patronal ou de seu representante o acidente devido à inobservância de preceitos legais e regulamentares, assim como de directivas das entidades competentes, que se refiram à higiene e segurança no trabalho.*

Tratava-se de uma *presunção de culpa* da entidade patronal<sup>4271</sup>, como assim foi desde logo entendido pela jurisprudência, cuja aplicação dependia da verificação dos seguintes pressupostos<sup>4272</sup>:

---

<sup>4267</sup> JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, ob. cit., p. 83.

<sup>4268</sup> JOÃO AUGUSTO PACHECO E MELO FRANCO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 81.

<sup>4269</sup> JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, ob. cit., p. 85.

<sup>4270</sup> JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, ob. cit., p. 83.

<sup>4271</sup> JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, ob. cit., pp. 213 e seguintes.

- a) Ter ocorrido a inobservância de preceitos legais sobre higiene e segurança;
- b) Existir um nexo de causalidade adequada entre tal inobservância e o acidente de trabalho.

Bastava assim a inobservância de regras sobre segurança ou saúde no trabalho, não sendo também necessário o dolo do empregador, ou de pessoa que o representasse<sup>4273</sup>.

IX. Segundo salienta Maria José Costa Pinto, *“O que se presumia não é que o acidente fosse devido à inobservância mas sim que, tendo-o sido (o que se impunha que fosse provado), se presumia a culpa do empregador* <sup>4274</sup>.

A demonstração do nexo de causalidade tinha, não raras vezes, de ser efetuada pela própria seguradora, por ser esta quem frequentemente invocava a presunção de culpa do empregador, devido ao cariz subsidiário que então a sua responsabilidade assumia.

X. De seguida, a Lei n.º 100/97<sup>4275</sup>, de 13 de setembro, estabeleceu no seu artigo 18.º o seguinte<sup>4276</sup>:

#### *Artigo 18.º*

##### *Casos especiais de reparação*

*1 – Quando o acidente tiver sido provocado pela entidade empregadora ou seu representante, ou resultar de falta de observação das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho, as prestações fixar-se-ão segundo as regras seguintes:*

---

<sup>4272</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 107.

<sup>4273</sup> JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, ob. cit., p. 214.

<sup>4274</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 107.

<sup>4275</sup> Aplicável aos acidentes de trabalho ocorridos a partir de 1.1.2000.

<sup>4276</sup> Na falta de uma norma semelhante em Espanha, FERRÁN CAMAS RODA, *La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo*, ob. cit., pp. 78 e 79, considera que será em princípio de afastar a aplicação do artigo 1903.º do CCE, por forma a responsabilizar o empresário pelo acidente causado por um dos seus trabalhadores a outro, uma vez que em causa está a responsabilidade obrigacional.

a) Nos casos de incapacidade absoluta, permanente ou temporária, e de morte serão iguais à retribuição;

b) Nos casos de incapacidade parcial, permanente ou temporária, terão por base a redução de capacidade resultante do acidente.

2 – O disposto no número anterior não prejudica a responsabilidade por danos morais nos termos da lei geral nem a responsabilidade criminal em que a entidade empregadora, ou o seu representante, tenha incorrido.

3 – Se, nas condições previstas neste artigo, o acidente tiver sido provocado pelo representante da entidade empregadora, esta terá direito de regresso contra ele.

Complementando, o n.º 2 do artigo 37.º declarava:

2 – Verificando-se alguma das situações referidas no artigo 18.º, n.º 1, a responsabilidade nela prevista recai sobre a entidade empregadora, sendo a instituição seguradora apenas subsidiariamente responsável pelas prestações normais previstas na presente lei.

XI. Na Lei n.º 100/97 manteve-se assim a subsidiariedade da responsabilidade da seguradora. Quanto ao artigo 18.º propriamente dito, apesar de algumas mudanças de redação em relação ao regime anterior, a doutrina e a jurisprudência consideravam que o mesmo mantinha a mesma linha da Lei n.º 2127, ou seja, agravava a responsabilidade do empregador em caso de culpa – incluindo dolo ou mera negligência, quer do empregador propriamente dito, quer do seu representante, aí se incluindo também os casos de inobservância das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho.

XII. A redação era efetivamente diversa, já que o artigo 18.º da LAT 1997 deixava de referir a *culpa da entidade patronal*, mencionando apenas o acidente *provocado pela entidade empregadora* ou resultante da inobservância das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho<sup>4277</sup>.

---

<sup>4277</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, Regime Jurídico Anotado, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 103, sublinha que se eliminou a referência ao acidente causado *dolosamente*.



Por essa razão, Maria José Costa Pinto levanta a questão de saber se, em face da nova redação deste preceito, a culpa do empregador continuava a ser exigida para o agravamento, ou se dela se passara a prescindir, chamando a atenção para a alternatividade da formulação. O preceito referia, efetivamente, o acidente *provocado* pela entidade empregadora, em alternativa ao que resultasse da falta de observação das regras de higiene, segurança e saúde no trabalho<sup>4278</sup>. Não obstante estas notas, a Autora pronunciava-se a favor da exigência de culpa da entidade empregadora, quer na primeira, quer na segunda alternativa, afastando a ideia de uma responsabilidade objetiva por violação de regras de higiene, segurança e saúde no trabalho<sup>4279</sup>.

Por outro lado, como bem sublinhava esta Autora, não seria admissível uma hipótese de violação não culposa de regras de segurança, higiene e saúde no trabalho por parte da entidade empregadora, atendendo ao critério de apreciação da culpa, previsto no n.º 2 do artigo 487.º CC<sup>4280</sup>. Destarte, *“Trata-se, assim, em qualquer dos casos previstos no art. 18.º, n.º 1, de uma responsabilidade por fato ilícito, em que há uma imputação subjectiva do fato à entidade patronal (ou seu representante), e não de uma responsabilidade objectiva”*<sup>4281</sup>.

XIII. Discutia-se então se era necessária a demonstração da existência de um nexo de causalidade entre a inobservância de tais regras e o dano, o que se mostrava importante face ao desaparecimento da presunção de culpa antes contemplada no diploma de 1971.

Quanto a este problema, a jurisprudência manifestou-se em termos praticamente unânimes, no sentido da necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre a inobservância das regras de segurança e o acidente.

---

<sup>4278</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 109.

<sup>4279</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 110, admitindo, todavia, que subjacente à segunda hipótese estará, em regra, a negligência do empregador.

<sup>4280</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., pp. 112 e 113.

<sup>4281</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 114.

A título de exemplo, refira-se o Acórdão do STJ de 6.7.2004<sup>4282</sup>: neste caso, o trabalhador desempenhava a sua atividade numa zona em que não tinham sido tomadas quaisquer providências destinadas a evitar o aluimento de terras, sendo que o plano de segurança nem sequer previa este risco de aluimento. Não obstante, o STJ considerou que *“era mais do que previsível o risco de trabalhar no interior de uma sapata para a execução de um muro de suporta de terras junto a um talude com cerca de 8 metros de altura”*, mais tendo referido, como argumentos: (i) o art. 8.º do DL 441/91, de 14 de setembro (regime anterior sobre a segurança, higiene e saúde no trabalho), nos termos do qual o empregador era obrigado a garantir boas condições de segurança, higiene e saúde no trabalho, respeitando o princípio da prevenção; (ii) os artigos 66.º e seguintes do Decreto n.º 41.821, de 11 de agosto de 1958, que impunham ao empregador o reforço das medidas de segurança quando fosse de reear desmoronamentos, derrubamentos ou escorregamentos. Nesta decisão, o STJ considerou que o nexo de causalidade emanava da própria presunção de culpa.

XIV. Um aspeto que merece ser assinalado é a *ausência, na LAT 1997, de uma norma com presunção de culpa análoga à constante do artigo 54.º DL n.º 360/71*. Assim, desde 1997 que a presunção de culpa deixou de ser consagrada, pelo menos em termos expressos, na LAT.

Como salienta Paulo Morgado de Carvalho, o legislador excluiu do “atual” (referindo-se à Lei n.º 100/97) regime a presunção de culpa constante do artigo 54.º do DL 360/71<sup>4283</sup>. Assim, constata que *“não existem dúvidas de que a posição dos sinistrados foi agravada, pois onde beneficiavam de presunção cabe-lhes agora o ónus da prova”*<sup>4284</sup>. Em sentido próximo, mas crítico, Carlos Alegre, a

---

<sup>4282</sup> Disponível na *Colectânea de Jurisprudência*, 2004, Tomo II, pp. 289 e seguintes.

<sup>4283</sup> PAULO MORGADO DE CARVALHO, *Um olhar sobre o actual regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais: benefícios e desvantagens*, em *Questões Laborais*, Ano X, N.º 21, 2003, p. 84.

<sup>4284</sup> PAULO MORGADO DE CARVALHO, *Um olhar sobre o actual regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais: benefícios e desvantagens*, em *Questões Laborais*, Ano X, N.º 21, 2003, p. 85.

respeito a Lei n.º 100/97, considerava ser incompreensível o desaparecimento daquela presunção de culpa do regime jurídico<sup>4285</sup>.

XV. A aprovação do CT 2003, pela Lei n.º 99/2003, de 7 de agosto, trouxe consigo um capítulo novo sobre os acidentes de trabalho. Contudo, este regime não chegou a entrar em vigor, devido à ausência de regulamentação, conforme previsto no artigo 3.º, n.º 2, da referida Lei.

No seu artigo 295.º, previa o seguinte:

1. *Quando o acidente tiver sido provocado pelo empregador, seu representante ou entidade por aquele contratada, ou resultar da falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho, a indemnização abrange a totalidade dos prejuízos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais.*
2. *O disposto no número anterior não prejudica a responsabilidade criminal em que o empregador, ou o seu representante, tenha incorrido.*
3. (...)

Contudo, era mais rigorosa a epígrafe deste preceito, do que a constante do artigo 18.º LAT 1997, ao referir a “*Atuação culposa*”, em vez de agravamento da responsabilidade<sup>4286</sup>.

---

<sup>4285</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 104.

<sup>4286</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 116.



## Enquadramento jurídico atual

I. Atualmente, e depois de uma longa evolução iniciada a partir da Revolução Industrial, foi consagrado o princípio de acordo com o qual a responsabilidade por acidentes de trabalho é, em regra, objetiva. Assim, o empregador responde, independentemente quer da prática de um fato ilícito, quer de uma atuação culposa da sua parte.

Deste modo, hoje em dia a responsabilidade por acidentes de trabalho obedece ao *princípio do risco*: sendo o empregador quem auferir os benefícios da atividade do trabalhador, deve igualmente ser quem suporta as eventuais consequências negativas que daí resultem.

A conceção objetiva da responsabilidade por acidentes de trabalho resultou das dificuldades de prova da culpa do empregador, por um lado, e, por outro, da circunstância de nem sempre haver culpa da sua parte. Contudo, o quadro legal não exclui que, existindo culpa, os danos sejam imputados a título subjetivo, havendo aqui um *juízo moral* quanto ao acidente<sup>4287</sup>.

II. Não é no entanto pacífica a natureza jurídica desta responsabilidade.

Para Romano Martinez, trata-se de *responsabilidade extracontratual*, que apresenta apenas algumas especificidades no âmbito laboral<sup>4288</sup>. Já segundo Menezes Leitão, não se verificam os pressupostos comuns da responsabilidade civil, por estar ausente o nexo de imputação. Não obstante, o Autor salienta que apenas é assim no regime *comum* de responsabilidade por acidentes de trabalho, ou seja, na responsabilidade dita objetiva, já que a responsabilidade *agravada*, prevista no artigo 18.º LAT, que será adiante melhor analisado, será uma manifestação de responsabilidade civil<sup>4289</sup>.

---

<sup>4287</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2006, p. 44.

<sup>4288</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 878.

<sup>4289</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 361.

III. A responsabilidade pelo risco do empregador pelos acidentes de trabalho corresponde ao ponto de equilíbrio entre um certo conflito de valores:

- a) *Por um lado*, temos a liberdade de iniciativa económica do empregador, direito fundamental nos termos do artigo 61.º da Constituição<sup>4290</sup>;
- b) *Por outro lado*, as imposições de tutela da segurança e saúde no trabalho, bem como os direitos à assistência e justa reparação, em caso de acidente de trabalho, valores que recebem igualmente proteção constitucional, no artigo 59.º, n.º 1, alíneas c) e f).

IV. Nesta linha de equilíbrio de interesses, assinala-se que, tratando-se de acidente de trabalho, a responsabilidade objetiva do empregador abrange apenas os danos verificados na capacidade de trabalho ou de ganho, sendo restrita, dentro desses, aos danos patrimoniais (cf. art. 8.º LAT). Assim, os limites são determinados através de uma tipificação dos danos, constante da TNI – Tabela Nacional de Incapacidades, bem como regras para o apuramento da indemnização.

Diversamente se passam as coisas em caso de agravamento da responsabilidade do empregador, onde o artigo 18.º LAT determina, desde a alteração legislativa ocorrida em 2009, que a indemnização abrange a totalidade dos danos sofridos pelo trabalhador. É esse o regime que iremos analisar em particular.

V. O tema da responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho tem vindo a sofrer sucessivas alterações legislativas, sendo especialmente importante os contributos recolhidos pela jurisprudência<sup>4291</sup>. Com efeito, esta é uma das áreas em que maior relevância assume a jurisprudência laboral. Essa

---

<sup>4290</sup> Cf.: J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, ob. cit., pp. 787 e seguintes; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, ob. cit., pp. 1179 e seguintes.

<sup>4291</sup> PAULO MORGADO DE CARVALHO, *Um olhar sobre o actual regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais: benefícios e desvantagens*, em *Questões Laborais*, Ano X, N.º 21, 2003, p. 76.

importância decorre não apenas da circunstância de ser uma matéria como muita litigiosidade, como ainda devido à proliferação de conceitos indeterminados no regime dos acidentes de trabalho que importa densificar.

Assim, a presente exposição é também efetuada com forte inspiração nos acórdãos emitidos pelos nossos tribunais a propósito desta questão.

Com Carlos Alegre, pode afirmar-se que estamos diante de um regime que não corresponde ao modelo puro civilístico de responsabilidade civil, mas que também não se identifica em absoluto com o regime comum de responsabilidade objetiva por acidentes de trabalho<sup>4292</sup>. Torna-se, assim, especialmente importante o seu estudo.

VI. Como já se adiantou, vamos restringir a análise dos acidentes de trabalho à matéria que se relaciona com a responsabilidade obrigacional por fato de outrem. Neste âmbito, interessa duas normas:

- a) O art. 17.º LAT, nos termos do qual o empregador responde, mesmo que o acidente seja causado por outro trabalhador ou por terceiro, ainda que tendo direito de ação contra aqueles, nos termos gerais<sup>4293</sup>;
- b) O disposto na Secção IV da LAT, com o título “Agravamento da responsabilidade”, onde se estabelece o seguinte:

*Artigo 18.º*

*Actuação culposa do empregador*

1. *Quando o acidente tiver sido provocado pelo empregador, seu representante ou entidade por aquele contratada e por empresa utilizadora de mão-de-obra, ou resultar de falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, a responsabilidade individual ou solidária pela indemnização abrange a totalidade dos prejuízos,*

---

<sup>4292</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 103.

<sup>4293</sup> Cf. também L. GUILLOUARD, *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil*, Tome Second (Articles 1752 à 1831, et Loi du 18 Juillet 1889), Troisième Édition, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1891, p. 299: “... soit le fait d’une personne dont il doit répondre, comme si un accident arrivait à l’un de ses domestiques ou préposés par la faute d’un autre de ses préposés, soit la mauvaise qualité des engins mis à sa disposition.”.

*patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais.*

2. *O disposto do número anterior não prejudica a responsabilidade criminal em que os responsáveis aí previstos tenham incorrido.*

3. *Se, nas condições previstas neste artigo, o acidente tiver sido provocado pelo representante do empregador, este terá direito de regresso contra aquele.*

4. *No caso previsto no presente artigo, e sem prejuízo do ressarcimento dos prejuízos patrimoniais e não patrimoniais, bem como das demais prestações devidas por actuação não culposa, é devida uma pensão anual ou indemnização diária, destinada a reparar a redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte, fixada segundo as regras seguintes:*

a. *Nos casos de incapacidade permanente absoluta para todo e qualquer trabalho, ou incapacidade temporária absoluta, e de morte, igual à retribuição;*

b. *Nos casos de incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual, compreendida entre 70% e 100% da retribuição, conforme a maior ou menor capacidade funcional residual para o exercício de outra profissão compatível;*

c. *Nos casos de incapacidade parcial, permanente ou temporária, tendo por base a redução da capacidade resultante do acidente.*

5. *No caso de morte, a pensão prevista no número anterior é repartida pelos beneficiários do sinistrado, de acordo com as proporções previstas nos artigos 59.º a 61.º.*

6. *No caso de se verificar uma alteração na situação dos beneficiários, a pensão é modificada, de acordo com as regras previstas no número anterior.*



VII. A responsabilidade por acidente de trabalho prevista no art. 17.º LAT tem claramente uma função de garantia do pagamento da indemnização e demais efeitos da caracterização como acidente de trabalho: assemelha-se por isso à responsabilidade do comitente, prevista no art. 500.º CC.

Note-se que o empregador responde, ainda que se trate de uma brincadeira por parte de terceiro ou mesmo de um colega de trabalho<sup>4294</sup>.

Assim, o STJ decidiu, no seu Acórdão de 28.3.2007<sup>4295</sup>, que uma trabalhadora tinha sido vítima de acidente de trabalho *in itinere* quando, ao regressar do local de trabalho a sua casa durante a noite, foi assaltada por uma pessoa que se deslocava num carro, tendo-lhe arrancado a carteira e arrastado por vários metros.

Contra, parece pronunciar-se Romano Martinez, ao exigir que haja “*uma causa adequada entre o acidente e o trabalho*”, dando como exemplo de situação que *não configura* um acidente precisamente o caso em que um colega faz uma brincadeira de mau gosto, da qual resulta o dano<sup>4296 4297</sup>

De fato, o art. 10.º LAT apenas presume o nexo de causalidade quando a lesão corporal, perturbação ou doença for reconhecida, a seguir a um acidente, pelo empregador ou por um seu representante<sup>4298</sup>.

No entanto, parece haver muitos argumentos a favor da caracterização como acidente de trabalho, bastando como tal a verificação de um nexo de causalidade *adequada* entre o acidente e o dano:

- a) Por um lado, o fato de a lei não exigir uma conexão específica entre o acidente de trabalho e a realização da atividade pelo trabalhador;
- b) A existência das extensões ao conceito de acidente de trabalho, previstas no art. 9.º LAT;

---

<sup>4294</sup> Sobre esta questão, cf. em especial JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, ob. cit., pp. 99 e seguintes.

<sup>4295</sup> Processo n.º 06S3957, Relator Pinto Hespanhol, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/79694b75d2b27a38802572ad0030047b?OpenDocument>.

<sup>4296</sup> Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 796.

<sup>4297</sup> Em sentido diferente, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, o.b. cit., pp. 753 e seguintes, considera ser antes necessário um duplo nexo de causalidade.

<sup>4298</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 805 e 806.

- c) A possível facilitação do acidente, devido ao conhecimento do local e do horário do trabalhador<sup>4299</sup>;
- d) O art. 14.º LAT, que não considera haver descaracterização em caso de acidente no local e tempo de trabalho não relacionado com a execução da atividade<sup>4300</sup>.

VIII. O regime português de *agravamento* da responsabilidade do empregador mostra-se fortemente inspirado pelo regime vigente em França, onde a matéria se encontra regulada no *Code de la Sécurité Sociale*. Neste, destaca-se o artigo L452-1<sup>4301</sup>: se o acidente de trabalho for devido a uma *falta indesculpável*, quer do próprio empregador, quer de alguém por quem este se tenha feito substituir, o lesado terá direito a uma indemnização complementar. De seguida, o artigo L452-2 estabelece o direito a uma majoração da indemnização, que é paga por um fundo, o qual depois pode obter o reembolso através do empregador<sup>4302</sup>. Não obstante o direito à majoração, o lesado pode, nos termos do artigo L452-3, demandar diretamente o empregador perante a jurisdição de segurança social, exigindo-lhe a reparação dos prejuízos sofridos,

---

<sup>4299</sup> Sobre esta questão, cf. em especial JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, ob. cit., pp. 99 e seguintes.

<sup>4300</sup> Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 353.

<sup>4301</sup> Article L452-1: Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire dans les conditions définies aux articles suivants.

<sup>4302</sup> Article L452-2: Dans le cas mentionné à l'article précédent, la victime ou ses ayants droit reçoivent une majoration des indemnités qui leur sont dues en vertu du présent livre. Lorsqu'une indemnité en capital a été attribuée à la victime, le montant de la majoration ne peut dépasser le montant de ladite indemnité. Lorsqu'une rente a été attribuée à la victime, le montant de la majoration est fixé de telle sorte que la rente majorée allouée à la victime ne puisse excéder, soit la fraction du salaire annuel correspondant à la réduction de capacité, soit le montant de ce salaire dans le cas d'incapacité totale. En cas d'accident suivi de mort, le montant de la majoration est fixé sans que le total des rentes et des majorations servies à l'ensemble des ayants droit puisse dépasser le montant du salaire annuel ; lorsque la rente d'un ayant droit cesse d'être due, le montant de la majoration correspondant à la ou aux dernières rentes servies est ajusté de façon à maintenir le montant global des rentes majorées tel qu'il avait été fixé initialement ; dans le cas où le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité ou le concubin survivant recouvre son droit à la rente en application du troisième alinéa de l'article L. 434-9, la majoration dont il bénéficiait est rétablie à son profit. Le salaire annuel et la majoration visée au troisième et au quatrième alinéa du présent article sont soumis à la revalorisation prévue pour les rentes par l'article L. 434-17. La majoration est payée par la caisse, qui en récupère le capital représentatif auprès de l'employeur dans des conditions déterminées par décret.

quer patrimoniais, quer não patrimoniais, bem como os prejuízos “estéticos”, na sua imagem, e bem assim os resultantes da perda ou diminuição das suas possibilidades de promoção profissional.

Acresce que, tendo o acidente sido resultado de uma conduta dolosa do empregador ou de um dos seus propostos, o lesado conserva o direito de demandar diretamente o causador do dano, nos termos gerais, na medida em que não logre satisfazer, através do regime do Código da Segurança Social, a reparação integral do dano sofrido<sup>4303</sup>.

IX. No caso português, importa atentar que, apesar de a epígrafe do artigo 18.º LAT referir a *atuação culposa do empregador*<sup>4304</sup>, são três as situações possíveis de aplicação do artigo 18.º LAT, sendo que não existe, em todas elas necessariamente, uma imputação a título subjetivo. Com efeito, antes podemos encontrar aqui uma de três situações:

- a) Acidente provocado pelo empregador ou resultante do incumprimento, pelo empregador, das regras sobre segurança e saúde no trabalho;
- b) Acidente provocado por representante do empregador ou por entidade contratada pelo empregador, ou resultante do incumprimento, pelo representante ou por entidade contratada pelo empregador, das regras sobre segurança e saúde no trabalho;
- c) Acidente provocado por empresa utilizadora de mão-de-obra, ou resultante do incumprimento, pela empresa utilizadora, das regras sobre segurança e saúde no trabalho.

---

<sup>4303</sup> Article L452-5: Si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, la victime ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre. (...).

<sup>4304</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 784 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 361 e seguintes; CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., pp. 102 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, em anotação ao art. 281.º CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 619 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 878 e seguintes.

Ora, enquanto no primeiro caso estamos diante de uma situação diretamente imputável ao comportamento do agente, constituindo, por isso, responsabilidade subjetiva, nas segunda e terceira trata-se de responsabilidade por fato de outrem, independente de culpa.

A responsabilidade poderá ser, pelo menos nos segundo e terceiro casos, solidária entre o empregador e o seu representante, a entidade por ele contratada ou a empresa utilizadora de mão-de-obra. Nessa linha de raciocínio, o n.º 3 do artigo 18.º consagra, em termos expressos, o direito de regresso do empregador contra o seu representante, quando tenha sido este o causador do acidente. Parece-nos que esta regra não prejudica que, em relação aos outros responsáveis diretos, haja igualmente direito de regresso, não obstante a ausência de norma expressa na LAT, porquanto este resulta do regime geral do Código Civil, concretamente dos artigos 497.º e 507.º.

O “agravamento” da responsabilidade não prejudica a responsabilidade criminal a que haja lugar, conforme resulta do n.º 2 do artigo 18.º LAT.

Relevante mostra-se ainda o artigo 79.º, n.º 3, da LAT, nos termos do qual a seguradora do responsável deverá satisfazer o pagamento das prestações que seriam devidas se não houvesse atuação culposa, sem prejuízo do direito de regresso.

X. O art. 18.º LAT não distingue consoante o acidente tenha provindo de dolo, negligência grosseira ou leve por parte do empregador ou da pessoa que, diretamente, provocou o dano<sup>4305</sup>. Assim, independentemente da modalidade de culpa concretamente em causa, haverá sempre lugar ao “agravamento” da responsabilidade do empregador, ou, dito com mais rigor, à aplicação do

---

<sup>4305</sup> Acerca dos conceitos de dolo e negligência, entre outros, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 283 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 459 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 569 e seguintes. Cf. ainda ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (breve anotação ao regime do Código)*, ob. cit., pp. 520 e seguintes.

regime comum de responsabilidade civil, nos termos do qual o agente responde pela totalidade dos danos causados (cf. artigos 562.º e seguintes do CC).

Com efeito, a consequência de se verificar qualquer uma destas situações é que a indemnização a que haja lugar, quer perante o trabalhador, quer perante os seus familiares, irá abranger a *totalidade dos prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais*.

XI. Não era assim anteriormente a 2009: a LAT de 1997 apenas determinava a indemnização dos danos não patrimoniais, ficando por saber se eram indemnizáveis, nesta sede, os danos patrimoniais que não pudessem ser reconduzidos à perda de capacidade de trabalho ou de ganho<sup>4306</sup>.

Nos termos da lei anterior, a indemnização poderia não abranger a totalidade dos danos sofridos, pelo menos os danos patrimoniais. O caso típico referido pela doutrina era o do trabalhador que tivesse um segundo emprego e que, com o acidente, perdesse esse segundo salário, que não seria assim ressarcido pelo empregador.

Atualmente já não será assim, uma vez que o artigo 18.º, n.º 1, da LAT expressamente determina a indemnização da *totalidade dos prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais*. Deste modo, foi reposto, em sede de acidentes de trabalho, o princípio civilista geral da equivalência da indemnização ao dano<sup>4307</sup>.

XII. Acresce que, nos termos do n.º 4 do artigo 18.º LAT, é ainda devida uma *pensão anual ou indemnização diária, destinada a pagar a redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte*, fixada segundo as seguintes regras:

- a) Em caso de incapacidade permanente absoluta para todo e qualquer trabalho ou incapacidade temporária absoluta, bem como em caso de morte, no valor da retribuição;

---

<sup>4306</sup> Sobre os problemas da redação da lei anterior, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 784 e seguintes.

<sup>4307</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 105, criticando o fato de tal não ter acontecido na Lei n.º 100/97, chegando a afirmar que o critério da retribuição configurava como que o *bem supremo* a que o trabalhador sinistrado poderia almejar.

- b) Em caso de incapacidade permanente absoluta para o trabalho habitual, no valor entre 70% e 100% da retribuição, conforme a maior ou menor capacidade funcional residual para o exercício de outra profissão compatível;
- c) Em caso de incapacidade parcial, permanente ou temporária, no valor que tiver por base a redução da capacidade resultante do acidente.

Daqui resulta uma importante consequência: a fixação da pensão a que há lugar *prescinde da prévia determinação do montante do dano efetivamente sofrido pelo trabalhador*, pelo que este terá direito a recebê-la. Contudo, não se pretende atribuir uma indemnização superior aos danos efetivamente sofridos, o que se procura é que estes sejam, na sua íntegra, ressarcidos.

De sublinhar que, no seguimento do que já fora estabelecido no artigo 18.º da Lei n.º 100/97, a LAT deixou de atender à retribuição base, para fixar como critério a retribuição real auferida pelo trabalhador<sup>4308</sup>.

O atual n.º 4 demonstra que, *para além de fins ressarcitórios, se trata de uma pena imposta ao empregador*<sup>4309</sup>, porquanto há lugar ao pagamento de uma pensão anual ou indemnização diária, a qual é determinada *sem prejuízo do ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais e das demais prestações devidas por atuação não culposa*, o que comprova que estamos perante um valor que acresce aos danos efetivamente sofridos, nos termos dos artigos 562.º e seguintes do CC.

XIII. Parece-nos importante reiterar a impropriedade da epígrafe da Secção IV da LAT, que antecede o artigo 18.º. Com efeito, esta secção é denominada de “*Agravamento da responsabilidade do empregador*”, transmitindo,

---

<sup>4308</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, Regime Jurídico Anotado, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 103.

<sup>4309</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, ob. cit., pp. 326 e seguintes, onde refere a relevância da culpa do trabalhador sinistrado para efeitos de exclusão do dever de indemnizar, como uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil. Acerca dos fins da responsabilidade civil, cf.: entre outros, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 255 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 419 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 518 e seguintes.

assim, a ideia de que estamos perante um regime excecional de responsabilidade civil.

Ao invés, o que se verifica é precisamente o contrário: a responsabilidade objetiva, pelo risco, assumida pelo empregador, é que constitui uma situação excecional (cf. artigo 483.º, n.º 2, do CC), podendo inclusivamente discutir-se, como faz a doutrina, se se trata realmente de responsabilidade civil. Diferentemente, o artigo 18.º LAT pouco adianta face ao regime comum de responsabilidade civil:

- a) Por um lado, o art. 18.º LAT identifica-se com o princípio geral plasmado no artigo 483.º, n.º 1, do CC (no caso de responsabilidade extracontratual) e no artigo 798.º CC (para a responsabilidade obrigacional): aquele que, voluntariamente, com uma ação ou omissão ilícitas, causar culposamente um dano a outrem, encontra-se obrigado a indemnizar os danos causados, devendo a indemnização abarcar a globalidade dos danos verificados, nos termos do artigo 566.º CC.
- b) Por outro lado, no que à responsabilidade do empregador por fato de outrem diz respeito, a imputação ao empregador de danos que são da responsabilidade de pessoas de cuja atuação beneficia e que o próprio empregador, introduziu, *de forma voluntária*, constitui igualmente um reflexo da responsabilidade objetiva por fato de outrem, admitida tanto no art. 500.º como no art. 800.º do CC.

Aliás, também Menezes Leitão sublinha que “o que a lei chama *agravação de indemnização* não representa senão uma limitação de responsabilidade subjectiva da entidade patronal fundada, a nosso ver, numa contrapartida prestada a essa entidade em face da sua oneração com o dever de assistência social”<sup>4310 4311</sup>.

---

<sup>4310</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 46, e, do mesmo Autor, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 361.

<sup>4311</sup> Criticando a opção legal no regime anterior a 2009, o Autor considera que, a partir do momento em que se verifica uma situação de responsabilidade civil, ou seja, um nexo de imputação de um dano a um sujeito, o respetivo regime deveria ser plenamente aplicável, pelo que a limitação da indemnização em caso de dolo ou mera culpa do empregador “é uma solução de duvidosa constitucionalidade”, em face do princípio da igualdade e não discriminação”. Assim, LUÍS

Não se pretende, com esta chamada de atenção, minimizar de forma alguma o conteúdo da regra presente no artigo 18.º LAT. Neste artigo se encontra, também, um regime de responsabilização do empregador a título objetivo, embora já não nos mesmos moldes em que se configura a sua responsabilidade na aceção do artigo 8.º e 9.º da LAT.

XIV. Com interesse para a nossa análise, destacamos de seguida algumas decisões jurisprudenciais acerca deste tema.

Em primeiro lugar, o Acórdão do STJ de 26.05.1994<sup>4312</sup>: no caso, um trabalhador faleceu quando trabalhava como pedreiro, por ter ficado soterrado em consequência do aluimento do terreno da obra em que estava a trabalhar. Apurou-se que a entidade empregadora não procedera à entivação e escoramento da parte inferior da escavação, que tinha uma altura de três metros, com inclinação próxima da vertical, sendo que a barreira se desmoronou em parte e de modo súbito e repentino.

Na sua decisão, o STJ referiu o art. 66.º do Regulamento de segurança na construção civil, nos termos do qual se considerava *indispensável* a entivação do solo nas frentes de escavação, salvo quando se tratasse de escavações de rochas e de argila dura, o que não era o caso. Para além disso, no momento do acidente, a equipa técnica responsável não estava presente, tendo-se provado que, se estivesse, os movimentos das terras poderiam ter sido evitados ou diminuídos os seus efeitos.

Em face destes dados, o STJ concluiu que havia culpa da entidade patronal, por inobservância daquelas regras, aplicando o consequente agravamento.

---

MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho, em Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., pp. 46 e 47. Com efeito, a menos que se entendesse que o trabalhador poderia optar por acionar o artigo 18.º LAT ou recorrer ao regime comum da responsabilidade civil (orientação que parecia ser sugerida por Romano Martinez), a inconstitucionalidade deveria então ser afirmada.

<sup>4312</sup> Disponível na *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, Tomo II, pp. 269 e seguintes.



XV. No Acórdão do STJ de 4.12.1996<sup>4313</sup>, foi decidido o seguinte: *“Verifica-se situação de culpa da entidade patronal quando, realizado trabalho de construção civil, não tomou os cuidados necessários, que lhe eram impostos para evitar que os seus operários contactassem com condutores ou aparelhos elétricos de qualquer tensão, conforme determina o artigo 162.º do Regulamento de Segurança no Trabalho da Construção Civil, tendo daí resultado a morte por eletrocussão de um desses operários”*.

Neste caso, a empresa estava ciente dos riscos, até porque havia solicitado à EDP a alteração do traçado da linha que passava sobre o prédio em construção, e, não obstante, antes que tal se verificasse, ordenou e procedeu à montagem de uma grua no local e começou a operar com ela.

XVI. Outro caso foi o analisado pelo STJ em 23.04.1997<sup>4314</sup>, onde se decidiu que, face à presunção de culpa constante do DL 360/71, *“não era necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a inobservância da regra e o acidente”*.

O caso era o seguinte: o trabalhador encontrava-se numa pedreira, a trabalhar como marteleiro, quando foi atingido por uma explosão de pólvora. Estava no local por ordem do empregador, sem que no entanto detivesse a cédula profissional de operador exigida pela lei (que requeria um prévio exame perante a Comissão de Explosivos). Logo, entendeu-se que não fora observada a obrigação de o empregador prestar a conveniente informação e formação de todos os seus trabalhadores em matéria de higiene e segurança no trabalho, como determinava o Regulamento Geral de Segurança e Higiene no Trabalho nas Minas e Pedreiras, bem como o Regulamento sobre o Fabrico, Armazenagem, Comércio e Emprego de Produtos Explosivos.

Na perspetiva do tribunal, a culpa era presumida, bem como o nexo de causalidade, que não é mais do que a imputação do fato ao lesante, sendo precisamente isso que se presumia naquele diploma de 1971.

---

<sup>4313</sup> Disponível na *Colectânea de Jurisprudência*, 1996, Tomo III, pp. 260 e seguintes.

<sup>4314</sup> Disponível na *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo II, pp. 268 e seguintes.

XVII. No Acórdão do STJ de 17.12.1997<sup>4315</sup>, considerou-se, inversamente, que não decorria da presunção de culpa, constante do então vigente DL n.º 360/71, uma presunção de nexo de causalidade, pelo que seria necessário demonstrar a verificação deste nexo.

Neste caso, um aprendiz com 17 anos ficara ferido quando auxiliava o mestre a trabalhar com uma máquina de estirar, momento em que entalou a mão e o braço esquerdos entre os rolos da referida máquina, sendo que, à data do acidente, o aprendiz estava ao serviço da empresa há menos do um mês. O aprendiz estava a trabalhar com o operário mais qualificado da empresa, competindo-lhe auxiliar na operação de retirar a pele de um monte, segurá-la por um dos lados e levantá-la. Apesar disso, o STJ considerou inexistir violação de regras de higiene e segurança no trabalho, acrescentando que o fato de o menor ter sido contratado em infração à lei também não podia fazer presumir a culpa do empregador, já que as normas sobre a idade de contratação não se podiam considerar normas sobre higiene e segurança no trabalho. A questão era discutida precisamente porque, sendo contratado com idade entre os 14 e os 16 anos, só poderia ser admitido a executar *trabalhos leves*, o que não era o caso<sup>4316</sup>. Não obstante, o STJ concluiu que não estava demonstrado o nexo de causalidade entre a inobservância da lei e o acidente ocorrido, não decidindo o agravamento.

Esta decisão mostra-se bastante discutível. Com efeito, considerando o incumprimento da idade legal para a contratação, bem como a existência de atividades proibidas em absoluto aos trabalhadores menores de 16 anos e de atividades condicionadas aos trabalhadores entre 16 e 18 anos, é de considerar que a inobservância deste regime constituiria causa adequada à ocorrência do

---

<sup>4315</sup> Disponível na *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo III, pp. 302 e seguintes.

<sup>4316</sup> Contudo, diferentemente, no âmbito da Lei n.º 1942, o STA decidiu, em 15 de junho de 1973, que “O aprendiz de 15 anos, que sofreu amputação do antebraço direito por ter sido colhido pela máquina perigosa com que estava a trabalhar, como se já fosse mecânico de tanoaria, tem direito à indemnização estabelecida no art. 27.º da Lei n.º 1942, porque o acidente resultou da infracção do art. 7.º do Regulamento de segurança no trabalho Mecânico de Madeiras, aprovado pela Portaria n.º 21 343, de 18 de Junho de 1965”. Sobre o tema, cf. JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, ob. cit., p. 215.

acidente... Pois, se assim não fosse, não seriam tais atividades proibidas ou condicionadas precisamente em função da idade do menor<sup>4317</sup>.

XVIII. Veja-se também a Sentença do Tribunal do Trabalho das Caldas da Rainha, de 29.11.2005<sup>4318</sup>, que analisou o caso de um trabalhador marceneiro, que trabalhava com uma esquadrilhadora elétrica e utilizava uma ripa de madeira para encostar à ferramenta de corte a tábua de cortar, o qual ficou com a mão esquerda presa na máquina, devido à alegada inexistência de uma proteção que evitasse o contato das mãos com o disco de corte da máquina.

O Tribunal considerou que, apesar de já não vigorar a presunção de culpa decorrente do DL n.º 360/71, ocorrera violação das regras de segurança por parte do empregador, na medida em que o artigo 8.º do DL n.º 441/91 lhe impunha a obrigação de assegurar aos trabalhadores as condições de segurança, higiene e saúde em todos os aspetos relacionados com o trabalho. Em concreto, o artigo 18.º do DL n.º 82/99, de 16 de março, estabelecia, quanto aos riscos de contato mecânico, que *“os elementos móveis de um equipamento de trabalho que possam causar acidentes por contato mecânico, devem dispor de protetores que impeçam o acesso às zonas perigosas ou de dispositivos que interrompam o movimento dos elementos móveis antes do acesso a essas zonas”*.

Exigiu-se ainda a verificação do nexo de causalidade, tendo-se considerado que a ausência do dispositivo de segurança era causa adequada do acidente, porquanto tal peça tinha precisamente em vista evitar este género de situações.

---

<sup>4317</sup> Acerca da contratação de menores, cf. os artigos 66.º do CT, bem como a Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro e os artigos 61.º e seguintes da Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro. Cf. ainda a Diretiva 94/33/CE, do Conselho, de 22 de junho, relativa à proteção dos jovens no trabalho. Sobre o tema, veja-se: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 541 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 178 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 359 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 110 e seguintes; GUILHERME DRAY, em anotação ao artigo 66.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 231 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, ob. cit., pp. 455 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, ob. cit., pp. 169 e seguintes.

<sup>4318</sup> Disponível em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 71, Maio – Agosto, 2005, pp. 157-167.

Por fim, perante a alegação do empregador de que fora o trabalhador que não colocara a peça na máquina, o Tribunal entendeu que não o eximia de responsabilidade, pois, para além de faltar a respetiva prova, era à entidade empregadora que competia *“verificar se o trabalho está a ser desenvolvido”* de acordo com as regras de segurança no trabalho.

No mesmo sentido, decidiu o STJ, no seu Acórdão de 3.2.2010<sup>4319</sup>: *“essa responsabilização do empregador pressupõe, para além da violação pelo menos de tais regras, a existência de nexo causal entre essa violação e o acidente”*.

XIX. No caso decidido pelo STJ no Acórdão de 3.2.2010<sup>4320</sup> foi analisada a seguinte situação: deflagrou um incêndio na empresa e não foram chamados os bombeiros, tendo sido ordenado aos trabalhadores por um superior hierárquico (encarregado de segurança) que ajudassem a apagar as chamas, que estiveram acesas mais de 14 horas.

Os trabalhadores não usavam roupas apropriadas para apagar o fogo nem dispunham de formação em matéria de combate a incêndios, sendo que o incêndio ocorrera num silo de cortiça.

Entendeu-se que houve, da parte da entidade empregadora, violação das regras de segurança (através das ordens emanadas do seu representante), sendo que, em segundo lugar, se verificava o necessário nexo de causalidade entre tal violação e o acidente ocorrido. Atendeu-se aqui ao juízo de prognose póstuma para aferir da causalidade adequada, em termos de probabilidade: a omissão de chamar os bombeiros durante mais de 14 horas é causa adequada da explosão que acabou por acontecer, sendo certo que a circunstância de os trabalhadores não terem formação na área de combate aos incêndios nem tão-pouco usarem roupas adequadas criou uma situação de maior risco e perigosidade.

Discutiu-se ainda se havia lugar ao agravamento, considerando que o trabalhador poderia, legitimamente, ter desobedecido à ordem recebida, por ser a mesma uma ordem ilegítima (cf. artigo 128.º, n.º 1, *alínea e*), *a contrarium*, do

---

<sup>4319</sup> Processo n.º 162/2001.L1.S1, Relator Mário Pereira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>4320</sup> Processo n.º 162/2001.L1.S1, Relator Mário Pereira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

CT)<sup>4321</sup>. O STJ considerou que tal era de todo irrelevante, já que a possibilidade de recusa era uma faculdade, e não um dever do trabalhador, pelo que o seu não exercício nunca o poderia penalizar.

XX. Nem sempre tem sido assim. Numa recente decisão, o Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 19.12.2012<sup>4322</sup>, considerou que para aplicar o artigo 18.º da LAT não seria suficiente verificar a inobservância das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho, sendo também necessária a prova do nexo de causalidade. Assim, *“Tendo a empregadora definido os procedimentos de segurança a serem utilizados na realização dos trabalhos, não lhe era exigível que contasse também com a eventualidade de os mesmos não serem observados por qualquer um dos trabalhadores, quer voluntária quer involuntariamente”*. Assim, *“não há um nexo causal entre a queda do sinistrado e o fato de não estar instalado um meio de protecção colectivo contra quedas, ou seja, a uma rede. O empregador disponibilizou outro meio de segurança ao trabalhador, o arnês de segurança para ser preso à linha de vida instalada, que, embora individual, era igualmente adequado e suficiente para evitar o dano que se verificou.”*.

Neste caso, demonstrou-se que o trabalhador tinha colocado o cinto de segurança, mas não foi possível apurar o motivo pelo qual este não se encontrava preso à linha de vida.

Relativamente à nova redação do artigo 18.º da LAT, o Tribunal seguiu o entendimento do STJ, de que a violação das regras de segurança passou a constituir um caso de *culpa efetiva*, e não de mera culpa presumida. De seguida, apreciando a legislação aplicável ao caso, concluiu que o empregador tomara medidas de segurança adequadas, ainda que de natureza individual e não coletiva. Por isso, constatou haver violação de regras de segurança, uma vez

---

<sup>4321</sup> Sobre esta questão: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 590 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 229 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 125 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 421 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ / PEDRO MADEIRA BRITO / GUILHERME DRAY, em anotação ao artigo 128.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 339 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, ob. cit., pp. 529 e seguintes.

<sup>4322</sup> Processo n.º 686/10.8TTLS.L1-4, Relator Jerónimo Freitas, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

que, embora instituída uma medida de proteção individual, estavam em falta medidas de proteção coletivas contra quedas, designadamente uma rede de proteção contra quedas. Porém, concluiu também que não se demonstrou o nexo de causalidade entre esta violação e o acidente ocorrido, uma vez que o trabalhador estava equipado com um meio de proteção individual que, por si só, era adequado a impedir a queda. Nesta medida, decidiu não haver lugar ao agravamento de responsabilidade.

XXI. No seu Acórdão de 15.11.2012<sup>4323</sup>, o STJ clarificou a exigência de verificação de um nexo de causalidade adequada entre a violação das regras e o acidente. No caso, a entidade empregadora não elaborara um plano de segurança para a fase de execução da obra em curso e omitira o dever de informar e esclarecer os trabalhadores sobre os comportamentos a adotar. Porém, não se demonstrou o nexo de causal, não tendo sido por isso aplicado o artigo 18.º LAT.

O caso era o seguinte: o trabalhador exercia funções como pedreiro, no estaleiro de construção de uma obra, quando foi vítima mortal de um acidente, ao cair na caixa do elevador monta-cargas, de uma altura de cerca de 12 metros. Apesar de se ter demonstrado a violação de regras de segurança, não se conseguiu apurar as circunstâncias em que a queda ocorreu, já que nenhum outro trabalhador estava presente, pelo que não foi possível demonstrar o nexo causal.

De todo o modo, também aqui o STJ afirmou que, na 2.ª parte do artigo 18.º/1, *não é necessária a prova da culpa*, bastando demonstrar a violação da regra e a existência de um nexo de causalidade. Aliás, o STJ chegou mesmo a acrescentar que, em lugar de uma *culpa presumida*, no DL 360/71, se passara agora na Lei n.º 100/97 a estar diante de uma situação de *culpa efetiva*, justificada pelo fato de se terem omitido os deveres de cuidado que um bom pai de família deveria ter observado, na linha do artigo 487.º, n.º 2, do CC

---

<sup>4323</sup> Processo n.º 335/07.1TTLRS.L1.S1, Relator Pinto Hespanhol, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

XXII. No Acórdão de 28.11.2012<sup>4324</sup>, o STJ considerou que a lei exige apenas a inobservância de uma regra sobre segurança, saúde ou higiene no trabalho e a verificação do nexo de causalidade, prescindindo da exigência de culpa<sup>4325</sup>.

No caso em apreço, o trabalhador desempenhava a sua atividade como marteleiro numa pedreira de granito, tendo sido atingido por uma explosão. Provou-se que o empregador não dispunha de licença de pesquisa ou exploração de massas minerais, o trabalhador não tinha cédula de operador para manipulação e emprego de produtos explosivos e não havia um plano de segurança e saúde.

A Relação do Porto considerara que, fazendo a lei estas exigências para a atividade em questão, era possível fazer um juízo de prognose póstuma de que a sua não verificação, atentas as circunstâncias, podia conduzir ao acidente – verificação *em abstrato do nexo de causalidade*. Contudo, concluía que *em concreto* não se verificava este nexo, porquanto de todas as regras infringidas pela entidade empregadora, não se conseguira provar qual ou quais das violações haviam sido determinantes para o acidente...

Apesar de o novo artigo 18.º LAT não conter uma presunção de culpa semelhante ao DL 360/71, o STJ considerou que isso não significava que o diploma fosse mais restritivo do que o regime anterior, no que toca à culpa da entidade empregadora, uma vez que a inobservância das regras de segurança passou a constituir um *caso autónomo* de agravamento: “*Por outras palavras, na Lei n.º 100/97, a violação por parte da entidade empregadora ou do seu representante das mencionadas regras passou a constituir um caso de culpa efectiva e não um caso de culpa meramente presumida, como sucedia no regime anterior*”. Porém, tal como a Relação, considerou que, não obstante demonstrada a inobservância de várias regras, de teor essencialmente administrativo, não se conhecia a causa real do acidente, donde não existir responsabilidade nos termos do artigo 18.º.

---

<sup>4324</sup> Processo n.º 43/08.6TTVRL.1.P1.S1, Relator António Leones Dantas, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>4325</sup> Sobre este questão, veja-se JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, ob. cit., pp. 136 e seguintes.

XXIII. No Acórdão do STJ de 8 de janeiro de 2013<sup>4326</sup> considerou-se que a aplicação do artigo 18.º da LAT dependia da verificação de três pressupostos:

1.º Que sobre a entidade empregadora impendesse o dever de observar determinadas regras de segurança;

2.º Que tais regras não tivessem sido observadas;

3.º Que se verificasse uma relação de causalidade adequada entre a omissão e o acidente.

Este caso é particularmente interessante, porquanto se trata de um trabalhador que desempenhava a função de canalizador e trabalhava numa obra de construção civil, o qual acedeu ao telhado da construção, que estava a cerca de 6 metros do solo, com vista a marcar os pontos de drenagem das águas pluviais. Quando estava em cima do telhado, uma chapa da cobertura cedeu, por não se encontrar fixa, tendo o trabalhador caído em queda livre, sofrendo diversas lesões que acabaram por provocar a sua morte. Não estava em causa a discussão acerca da caracterização como acidente de trabalho, mas somente a responsabilidade agravada do empregador, pelo artigo 18.º da LAT, uma vez que ficara provado que, *“aquando da queda, o trabalhador não tinha qualquer cinto de segurança, arnês ou outro equipamento de proteção individual contra as quedas em altura, não existia linha de vida e já tinham sido retiradas as redes de proteção coletiva que antes aí existiam”*, sendo que tanto os trabalhadores como o empregador estavam convencidos de que os trabalhos de colocação das chapas no telhado já estavam concluídos. Contudo, veio a apurar-se que, afinal, havia *“cerca de 5 ou 6 chapas de cobertura, que correspondiam a uma área de cerca de 10 metros quadrados, que não estavam aparafusadas à estrutura de suporte da cobertura”*. Relevante ainda era o fato demonstrado de que *“o único equipamento de proteção coletiva utilizado naquela obra para prevenir os riscos de queda em altura era uma rede horizontal, que tinha sido colocada no interior do edifício”*.

Neste caso, a empregadora era uma subempreiteira da obra. Com efeito, o empreiteiro geral havia:

---

<sup>4326</sup> Processo n.º 507/07.9TTVC.T.P1.S1, Relator Fernandes da Silva, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



- a) Subcontratado uma empresa, a qual, por sua vez, subcontratara a entidade empregadora do sinistrado;
- b) Contratado uma outra empresa, exclusivamente responsável pela colocação de coberturas e de fachadas do edifício, a qual, por sua vez, subcontratara uma empresa apenas para a colocação de redes anti-queda.

De acordo com o entendimento do STJ, a ré seguradora não fez prova de que a violação das medidas de segurança e a ocorrência do acidente fossem imputáveis ao empregador. Para tal, argumentou-se que *o empregador não era o responsável pela colocação do telhado*, pelo que não podia, razoavelmente, conhecer que as chapas afinal não se encontravam fixas, quando aparentemente o estavam. Mais acrescentou que o empregador não podia responder pela retirada da rede de segurança, uma vez que esta era da competência da outra empresa, subcontratada especificamente para esse fim. Por isso, concluiu que a inexistência de medidas de segurança não era, simplesmente, imputável ao empregador...

Ora, se a decisão se nos afigura lógica quanto ao primeiro argumento, já o mesmo se não verifica quanto ao segundo, porquanto compete à entidade empregadora assegurar as condições de segurança na execução dos trabalhos, pelo que não parece que a mesma se possa isentar de tal dever pelo fato de existir uma outra empresa, especificamente contratada para tal. Por outro lado, parece opor-se frontalmente ao regime aplicável em caso de atividades simultaneamente desenvolvidas por diversas empresas no mesmo local de trabalho, imposto quer pela Convenção da OIT, quer pela Diretiva comunitária e pela Lei n.º 102/2009.

XXIV. No seu Acórdão de 19.6.2013<sup>4327</sup>, o STJ afirmou que a responsabilidade agravada do empregador poderia ter dois fundamentos autónomos: comportamento culposos ou a violação de preceitos legais ou

---

<sup>4327</sup> Processo n.º 1294/04.8TTTLRA.C1.S1, Relator Gonçalves Rocha, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

regulamentares ou diretrizes sobre higiene e segurança no trabalho. O Tribunal referiu, expressamente, que *a diferença entre estes dois fundamentos residia na prova da culpa, que seria indispensável no primeiro caso e desnecessária no segundo*, no qual bastaria a prova do nexo de causalidade entre a conduta referente à falta de observação das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho e a produção do acidente.

O caso era o seguinte: o trabalhador encontrava-se a trabalhar como pedreiro numa obra, e, ao arrancar o ripado de um telhado, partiu-se uma das ripas, o que fez com que este se desequilibrasse e caísse desamparado sobre a cobertura de uma garagem contígua, a mais de 8 metros de altura. O acidente ocorreu no início dos trabalhos, ou seja, precisamente durante a atividade de preparação e colocação dos andaimes e das guardas de segurança. Invocou-se (sem sucesso) a violação do DL 41.821, de 11 de agosto de 1958 (artigos 1.º e 44.º, sobre o trabalho em cima de telhados que ofereçam perigo pela inclinação, natureza ou estado da superfície). Ficou demonstrado que não havia andaimes com guarda-corpos (estavam precisamente a ser colocados) e o trabalhador não usava cinto de segurança.

Apesar deste circunstancialismo, o STJ considerou que teria de se ter verificado a violação de uma regra de segurança *em concreto*, não bastando invocar o dever geral de prevenção, pelo que decidiu pelo não agravamento da responsabilidade.

Esta decisão afigura-se muito discutível:

- a) Se era necessário colocar dispositivos de segurança, não se percebe como é que a própria instalação destes não se encontra garantida;
- b) Estando violado o dever geral de providenciar pela segurança do trabalhador, qual a necessidade de invocação de uma regra específica? Será necessária em todos os casos?

XXV. No acórdão do STJ de 19.6.2013<sup>4328</sup>, estava em causa um operador de tampa e terminal da TAP, que sofrera sérias lesões em consequência da colisão de uma mala rígida, com cerca de 20 kg, contra as suas costas, tendo-se demonstrado que:

- a) O acidente era previsível, dado que já tinham acontecido anteriormente situações semelhantes, nada tendo sido feito para o evitar;
- b) Havia relatórios com vários anos, elaborados pela empresa de serviços externos de segurança, higiene e saúde, que davam conta do risco daqueles trabalhadores, em especial o risco de queda de malas, devido à demasiada inclinação das rampas, levando a que as mesmas atingissem grandes velocidades e saltem dos tapetes;
- c) O trabalhador não recebera formação específica para trabalhar na área de carga e terminais, tendo-se demonstrado que as funções de operador de rampa na área de carga e terminais exigiam uma formação específica.

Segundo o STJ, a responsabilidade agravada do empregador poderia ter dois fundamentos autónomos: comportamento culposos ou a violação de preceitos legais ou regulamentares ou diretrizes sobre higiene e segurança no trabalho. Ora, no segundo caso, bastaria demonstrar que sobre o empregador recaía o dever de observar determinadas regras de comportamento, cuja observância teria impedido, segura ou muito provavelmente, a consumação do evento e que entre essa conduta omissiva e o acidente exista um nexo de causalidade adequada. Para o Supremo, em caso de violação de regras de segurança pelo empregador, *é desnecessária a prova da culpa* do empregador, mas acrescentou que tal dispensa de prova não constitui, a seu ver, nenhum desvio às regras gerais de responsabilidade civil: *“Na verdade, por um lado, o regime em vigor passou a considerar que a falta de observância das normas de segurança constitui fundamento autónomo bastante para o agravamento da reparação; por outro, uma vez que a culpa (mera culpa) se traduz na omissão dos deveres de cuidado exigidos ao*

---

<sup>4328</sup> Processo n.º 3529/04.8TTLSB.L2.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*agente, a falta de cumprimento das assinaladas regras mais não consubstancia, afinal, do que a omissão concreta de um especial dever de cuidado imposto por lei”.*

Para além do mais, o STJ considerou que a violação das regras de segurança, saúde e higiene poderia ter sido resultado da ação de terceiro, sendo que tal não obstaría, ainda assim, à responsabilidade *agravada* do empregador.

Por conseguinte, concluiu-se existir *dolo eventual* por parte da empregadora, além de que, apesar de não existirem *normas concretas* dirigidas à regulação desta atividade, a tal não obsta a existência clara de violação de regras de segurança no trabalho.

Acresce, por último, que o fato de o local pertencer à ANA Aeroportos, que efetuava o sistema de triagem de bagagens, não permitia à empregadora eximir-se da sua responsabilidade: *“À responsabilidade do empregador, uma vez constatada a existência de um comportamento violador de regras ou directrizes relativas a segurança, higiene e saúde no trabalho, não obsta a circunstância de essa omissão poder ser, porventura, assacada a um terceiro”*. E, reiterando este entendimento, afirmou: *“O empregador não se pode alhear das condições concretas de segurança em que efectivamente os seus trabalhadores exercem a actividade, limitando-se a confiar o cumprimento dessas obrigações a terceiros ou a confiar que nada sucederá”*. Situação que se revelava mais grave por os riscos haverem sido detetados em sucessivos relatórios sobre a segurança, desde 1999, sendo que o acidente ocorreu em 2003, com várias propostas de medidas de prevenção, sem que a empregadora tenha seguido quaisquer delas, fato demonstrativo, pelo menos, de *dolo eventual*.

Neste caso – contrariamente ao anterior, em que se considerou que não havia quaisquer regras a cumprir – o STJ assinalou que *“a ausência de normas concretas que especificamente regulem a actividade em causa não conduz, necessariamente, ao vazio normativo e, consequentemente, à impossibilidade de imputação alegada pela recorrente. Nesta medida, há que indagar, pois, junto dos normativos de maior generalidade e amplitude regulativa acerca da capacidade e possibilidade de neles se enquadrar o circunstancialismo em causa”*. Para esse efeito, invocou-se o regime constante da Lei sobre a segurança no trabalho então vigente – DL n.º 441/91, de 14 de novembro, que impunha ao empregador o

dever de avaliar os locais de trabalho e as atividades neles desenvolvidas, de modo a averiguar os riscos existentes e a pôr em prática as medidas necessárias para diminuir ou eliminar esse risco.

XXVI. Neste sentido, veja-se também o Acórdão do STJ de 22.06.2005<sup>4329</sup>, em que se considerou que *“A falta de observação das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho, quando imputável ao empregador, implica o agravamento do direito à reparação, desde que o acidente tenha resultado da falta de observância das referidas regras”*. Para tal solução, acrescentou o STJ, não releva o fato de a então lei vigente (à data dos fatos, a Lei n.º 100/97) não conter uma presunção de culpa semelhante à constante do Decreto n.º 360/71, uma vez que, de acordo com esta perspetiva, tal presunção *“era desnecessária por inútil, uma vez que, traduzindo-se a culpa (mera culpa) na omissão dos deveres de cuidado exigidos ao agente, a falta de observância das regras sobre segurança do trabalho mais não é do que a omissão de um especial dever de cuidado imposto por lei”*.

No caso, o trabalhador encontrava-se a colocar abobadilhas na laje de um telhado, sem qualquer proteção contra quedas em altura, que não existiam de todo na obra. Estando apenas apoiado nas vigas, acabou por cair para o piso inferior, levando a uma queda de cerca de 2,5 metros. Acresce que, sobre o local onde trabalhava, passavam fios de alta tensão, o que implica cuidados para não tocar nesses mesmos fios. Ficou provado que o empregador não proporcionara quaisquer medidas de segurança, nem individuais nem coletivas, nomeadamente o trabalhador não tinha guarda-corpos, não havia tábuas de rojo nem cinto de segurança. Por conseguinte, teria sido violado o artigo 41.º do Regulamento de Segurança no Trabalho da Construção Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 41.821, de 11 de agosto de 1958, no qual se estabelecia a obrigação de proporcionar meios de proteção contra quedas em altura, na ausência dos quais o acidente ocorreu.

De acordo com o STJ, há lugar ao agravamento da responsabilidade por se preencherem os dois requisitos do artigo 18.º da LAT, ou seja: por um lado, a

---

<sup>4329</sup> Processo n.º 05S780, Relator Sousa Peixoto, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

falta de observância das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho e, por outro, o nexo de causalidade entre tal fato e o acidente ocorrido. Expressamente afirmou que a modificação da lei “*Não significa que o sinistrado tenha de provar que a violação das regras de segurança por parte do empregador foi culposa*”. Isto porque, sendo a negligência uma situação em que o agente omite deveres de cuidado, a inobservância das regras sobre segurança traduz, por si só, essa violação.

XXVII. A jurisprudência analisada suscita-nos um conjunto de questões, que passamos a elencar:

- a) Não obstante o desaparecimento da presunção de culpa em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho, deve ainda assim presumir-se a culpa do empregador quando tal se verifique?
- b) O art. 18.º/1 LAT contém, atualmente, uma presunção de culpa em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho?
- c) O art. 18.º/1 LAT contém, atualmente, uma *ficção* de culpa, em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho?
- d) Em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho, é ainda necessário demonstrar a existência de um nexo de causalidade entre essa inobservância e o dano sofrido pelo trabalhador?
- e) É preciso que se verifique a violação de uma *específica regra de segurança, higiene ou saúde no trabalho*, ou basta a inobservância do dever genérico de prevenção?
- f) O que se pode entender por *violação de regras de segurança, higiene e saúde*? As regras sobre trabalho de menores, ou a ausência de carteira ou de qualificações profissionais, p.ex., podem integrar este conceito?

São estas as dúvidas que colhemos da análise da jurisprudência e a que procuraremos responder, com vista a poder concluir acerca da natureza da responsabilidade do empregador consagrada no art. 18.º/1 da LAT, especialmente quanto à sua relação com o tema que nos propusemos estudar, i.e., a responsabilidade obrigacional por fato de outrem.





## Pessoas por cuja atuação o empregador responde

I. Nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 102/2009, entende-se por *trabalhador*, a pessoa singular que, mediante retribuição, se obriga a prestar um serviço a um empregador, e, bem assim, o tirocinante, o estagiário e o aprendiz que estejam na dependência económica do empregador em razão dos meios de trabalho e do resultado da sua atividade. Por sua vez, *empregador*, a pessoa singular ou coletiva com um ou mais trabalhadores ao seu serviço e responsável pela empresa ou estabelecimento, ou, em caso de organismo sem fim lucrativo, a pessoa com competência para a contratação de trabalhadores.

O artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 102/2009 declara que “*O trabalhador tem direito à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde, asseguradas pelo empregador*”, acrescentando o n.º 3 que “*A prevenção dos riscos profissionais deve assentar numa correta e permanente avaliação de riscos*”, o que é reafirmado no artigo 15.º, onde estes princípios são desenvolvidos de forma muito detalhada, com destaque para:

- a) A alínea a) do n.º 2, onde se impõe o dever de identificar os riscos previsíveis em todas as atividades da empresa;
- b) O dever de efetuar avaliações de risco em relação às várias fases do processo produtivo, previsto no n.º 3;
- c) O dever de atribuir tarefas ao trabalhador em função dos seus conhecimentos e aptidões, constante do n.º 4, apenas permitindo o acesso a zonas de risco elevado por trabalhadores com aptidão e formação adequadas (cf. previsto no n.º 5).

É ainda de salientar que, nos termos do artigo 16.º da Lei n.º 102/2009, a empresa utilizadora deve assegurar a segurança e a saúde dos trabalhadores em regime de trabalho temporário, bem como a empresa cessionária, quanto aos trabalhadores em regime de cedência ocasional.

II. Pese embora a minúcia da Lei n.º 102/2009, não se encontra no seu conteúdo uma presunção de culpa, em caso de inobservância de regras de segurança no trabalho, semelhante ao artigo 54.º do DL n.º 360/71. A questão que se coloca consiste em aferir se, não obstante tal ausência, tal presunção não emana, ainda assim, do próprio artigo 18.º LAT, como parece ter sido entendimento de alguma jurisprudência.

Apesar da aparente separação que o artigo 18.º LAT faz de diferentes situações, verifica-se que as mesmas apresentam alguns pontos de convergência.

Em primeiro lugar, parece-nos importante salientar que o preceito fala em *acidente provocado pelo empregador, seu representante ou entidade por aquela contratada e por empresa utilizadora de mão-de-obra*.

O que podemos entender por acidente provocado?

Como se sabe, a LAT regula tanto o acidente em sentido estrito, ocorrido no tempo e no local de trabalho (art. 8.º LAT), como várias extensões ao acidente, no seu art. 9.º.

No entanto, parece que de *acidente provocado* apenas se pode falar se o acidente ter sido causado pelo empregador, pelo seu representante ou entidade por ele contratada, ou ainda por empresa utilizadora de mão-de-obra, quando estes se encontrem a atuar *nessa mesma qualidade*. Ora, isto pode não acontecer nalguns dos casos do art. 9.º LAT: p.ex., suponha-se que ocorreu um acidente de viação em que a culpa foi atribuída ao representante do empregador, atingindo o trabalhador quando este se deslocava para o trabalho: não parece que se possa aplicar não se afigura que se possa aplicar o agravamento da responsabilidade previsto no artigo 18.º LAT já que o “representante” do empregador, no momento em que provocou o acidente, não estava a atuar nessa mesma qualidade de representante. Essa é então a primeira nota que queremos fazer em relação ao preceito: o agravamento pressupõe a causação do acidente, com culpa – dolo ou negligência – mas por uma das pessoas indicadas

no preceito, desde que se encontrem a atuar nas referidas qualidades que o mesmo exige<sup>4330</sup>.

Donde se pode concluir que, neste primeiro caso, a aplicação da responsabilidade civil prevista no artigo 18.º LAT pressupõe que haja uma atuação (ação ou omissão) por parte do agente, na qualidade designada pela lei, fato a que não poderá ser alheio o respetivo fundamento.

III. Como se assinalou supra, a primeira situação corresponde, *de um modo geral*, ao regime comum de responsabilidade civil. Assim, o acidente é causado pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por ele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra quando, relativamente a este, se preenchem todos os pressupostos da responsabilidade civil constantes do art. 483.º, n.º 1, do CC<sup>4331</sup>: ato ou omissão voluntário; ilicitude; culpa; dano; nexo de causalidade.

Tratando-se do regime comum, caberá ao lesado o ónus da prova (artigo 487.º, n.º 1, CC): o lesado terá o ónus de demonstrar que o empregador, seu

---

<sup>4330</sup> No caso decidido pelo STE, no Recurso n.º 3209/1994, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, analisou-se um acidente de trabalho em que concorriam duas causas: por um lado, a atuação negligente por parte de um dos seus trabalhadores, e, por outro, a eventual culpa do trabalhador lesado. Eram os seguintes os contornos do caso: no dia 4 de outubro de 1989, o trabalhador lesado colocou-se em cima da cinta transportadora de que era titular a sua entidade empregadora, a qual, de acordo com a Inspeção do Trabalho, observava todos os requisitos legalmente exigidos a nível de segurança. O trabalhador colocou-se em cima da correia sem que tal lhe tivesse sido ordenado, estando aliás proibido de o fazer. Nesse momento, um outro trabalhador acionou, por erro, um botão distinto daquele que deveria acionar, causando o acidente do colega, que ficou com uma incapacidade permanente e total para o exercício da sua profissão habitual. O STE considerou a aplicação do artigo 1903.º CCE, afirmando que “*No cabe duda que la responsabilidad por hecho ajeno – que es la prevista en el artículo 1.903 del Código Civil – ya se base en intervención de culpa «in eligendo» o «in vigilando», requiere como elemento ineludible una relación jerárquica o de dependencia entre los sujetos, la cual, concurre en el hecho de autos, tanto respecto al accidentado, como respecto al trabajador que, por error, pulsó un botón por outro*”. Deste modo, na perspetiva do Tribunal, foi o erro do trabalhador que causou o acidente, havendo assim manifesta culpa in vigilando por parte da empresa, “*pues el resultado danoso no se habría producido de haber prestado aquel trabajador la necesaria atención a su trabajo y a la posición en que se encontraba el accidentado o de haber observado el personal técnico que tuviese encomendadas las funciones de vigilancia y seguridad en el trabajo*”.

<sup>4331</sup> Acerca destes pressupostos, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 258 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 429 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 525 e seguintes; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 73 e seguintes.

representante, por entidade por ele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra causou o acidente, com um ato ou omissão ilícitos e culposos, dos quais resultaram os danos sofridos<sup>4332</sup>.

IV. De acordo com Carlos Alegre, a parte da norma que refere o *acidente provocado pela entidade empregadora é exclusivamente aplicável a uma entidade patronal que seja uma pessoa singular*. Isto porque, na perspetiva deste Autor, apenas é admissível a imputação a título subjetivo de um ato ilícito a uma pessoa singular<sup>4333</sup>.

Não acompanhamos este entendimento, uma vez que a imputação pode ser efetuada à própria pessoa coletiva, nos termos do artigo 165.º CC e 6.º/5 CSC, como já tivemos oportunidade de analisar anteriormente.

Os empregadores são, por regra (ainda que não necessariamente), pessoas coletivas<sup>4334</sup>, que para atuarem no mundo jurídico recorrem a pessoas singulares<sup>4335</sup>: estas pessoas agem *como se fossem a própria empresa*, sendo a sua conduta imputada à empresa, ainda que através do órgão a que pertencem, concluindo que tais atos são atos próprios e não atos de um representante. Pelo que, relativamente aos atos dos órgãos da sociedade, constituídos, naturalmente, por pessoas singulares, deve entender-se que se trata de atos da própria sociedade, e não das pessoas que compõem tais órgãos. Quanto aos trabalhadores, a empresa ou sociedade responde pela sua atuação ilícita, nos

---

<sup>4332</sup> Acerca do nexo de causalidade e da interpretação do art. 563.º do CC, cf. entre outros, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 311 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 531 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 881 e seguintes.

<sup>4333</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 103.

<sup>4334</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 132 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 187 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte I – Dogmática Geral, ob. cit., pp. 325 e seguintes; GUILHERME DRAY, em anotação ao artigo 13.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 139 e seguintes; Quanto à pluralidade de empregadores, veja-se LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em anotação ao artigo 101.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 279 e seguintes; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, ob. cit., pp. 215 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, ob. cit., pp. 205 e seguintes.

<sup>4335</sup> BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, ob. cit., p. 13.

termos previstos pelo artigo 165.º CC e, sendo caso disso, pelo artigo 6.º, n.º 5, CSC, tratando-se de responsabilidade aquiliana, ou ao abrigo do art. 800.º/1 do CC em caso de responsabilidade obrigacional. Isto sem prejuízo dos regimes especiais, de que constitui exemplo o art. 18.º/1 da LAT.

V. Segundo Carlos Alegre, a parte do preceito que se refere ao *representante do empregador* é apenas aplicável aos empregadores que sejam pessoas coletivas, sendo seus representantes as pessoas físicas que constituam os respetivos órgãos de direção, agindo em nome daquela<sup>4336</sup>.

Diferentemente, porém, não acompanhamos este entendimento, devido à interpretação que deve ser feita do conceito de representante, na aceção deste artigo. O conceito de *representante* do empregador, para efeitos da LAT, não é necessariamente o mesmo que representante de Direito civil. Antes pelo contrário, afigura-se que não estará efetivamente aqui em causa o conceito técnico-jurídico de representação, na aceção dos artigos 258.º e seguintes do CC<sup>4337</sup>, em que uma pessoa age em nome de outra, produzindo-se os efeitos na esfera jurídica do representado. Isto, apesar de nalgumas decisões jurisprudenciais se ler a afirmação de que o representante – nomeadamente em caso de empresa utilizadora de mão-de-obra – atua com poderes *delegados* pelo empregador, pelo que os seus atos produzem efeitos na esfera jurídica do próprio empregador.

VI. Em contrapartida, a jurisprudência, no que parece ser acompanhada, aliás, também por Carlos Alegre, tem vindo a sustentar um *conceito amplo de representante*, tratando-se de todas as pessoas físicas que de algum modo atuem

---

<sup>4336</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., pp. 103 e 104.

<sup>4337</sup> Acerca da representação, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, ob. cit., pp. 227 e seguintes; PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Autorização*, ob. cit., p. 307; RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, ob. cit., pp. 15 e seguintes; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em Direito Civil (ensaio de reconstrução dogmática)*, ob. cit., pp. 497 e seguintes; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 319; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 476 e seguintes.

em representação do empregador, seja por deterem um mandato específico para esse efeito, seja por agirem sob as ordens diretas do empregador, assumindo assim uma posição superior na escala hierárquica da empresa<sup>4338</sup>.

Assim, estaremos no âmbito do disposto n.º 2 do artigo 128.º CT<sup>4339</sup>, ou seja, de pessoa que seja superior hierárquico do trabalhador, devido a poderes que lhe tenham sido atribuídos para tal pelo próprio empregador.

Acompanhando o entendimento de Menezes Leitão, não está aqui em causa *“uma verdadeira representação em sentido jurídico mas antes o fato de a entidade patronal admitir outra pessoa a exercer os poderes de autoridade e direcção a que o trabalhador se subordinou pelo contrato de trabalho”*<sup>4340</sup>. Destarte, pode verificar-se uma de duas situações<sup>4341</sup>:

- a) Delegação de poderes de direcção em membro da empresa, por força da normal hierarquia de funções, originando uma situação análoga à dos artigos 500.º e 800.º CC, ou seja, de responsabilidade indireta, por fato de outrem;
- b) Transferência dos poderes de direcção para outro empresário (p.ex., cessão de mão-de-obra, trabalho em comum, etc.), sendo aqui justificada pelo dever de prevenção que impende sobre o empregador, que dele não se pode eximir, cedendo a terceiros os seus trabalhadores.

Por conseguinte, no âmbito laboral, é representante da entidade patronal (pessoa singular ou colectiva) qualquer pessoa física que, *“de algum modo, actue em representação daquela entidade, seja porque detém um mandato específico para*

---

<sup>4338</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 103.

<sup>4339</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 590 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 229 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 125 e seguintes; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte I – Dogmática Geral, ob. cit., pp. 438; PEDRO ROMANO MARTINEZ / PEDRO MADEIRA BRITO / GUILHERME DRAY, em anotação ao artigo 128.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 339 e seguintes.

<sup>4340</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 47.

<sup>4341</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 47.

*tanto, seja porque age sob as ordens directas da entidade patronal, como é o caso de qualquer pessoa colocada na escala hierárquico-laboral de uma empresa”.*

Fazendo uso desta doutrina, tem vindo a jurisprudência a considerar, e bem, que o encarregado de uma secção é representante do empregador para efeitos de aplicação do artigo 18.º da LAT.

VII. Segundo Romano Martinez, pode-se incluir no conceito de representante do empregador a empresa de utilização, no âmbito do contrato de trabalho temporário<sup>4342</sup>. A questão é discutível, dado que, em bom rigor, nem a empresa de utilização, nem a empresa cessionária, são representantes do empregador. Contudo, na perspectiva do Autor, se se entender assim, a solução será formal, pois a verdade é que a lei impõe a estas empresas deveres relacionados com a segurança e a saúde no trabalho, pelo que seria injusto que não houvesse consequências pela respetiva violação<sup>4343</sup>.

Esta discussão não se encontra, a nosso ver, liquidada pela nova redação do artigo 18.º LAT, que refere expressamente a empresa utilizadora de mão-de-obra. Com efeito, pode haver interesse em, simultaneamente, aplicar a primeira parte do preceito, responsabilizando solidariamente o empregador, isto é, a empresa de trabalho temporário, enquanto *representada* pela empresa de utilização.

VIII. Contudo, e como já foi aqui referido, é ainda necessário que, havendo atuação ilícita e culposa do *representante* do empregador, este tenha atuado nessa qualidade, e não como terceiro. Pense-se, p.ex., no acidente de viação culposamente causado por um trabalhador colega da vítima, que foi atropelada, em que o condutor estava fora do seu tempo e local de trabalho, agindo, assim, como terceiro<sup>4344</sup>. Portanto, necessário se torna que o *representante* estivesse a atuar (ou a omitir a conduta devida) no âmbito do

---

<sup>4342</sup> Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 845.

<sup>4343</sup> Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 848.

<sup>4344</sup> No mesmo sentido, BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, ob. cit., p. 29, referindo a atuação *fora de funções* ou sem qualquer conexão funcional.

cumprimento da obrigação de segurança que impende sobre o próprio empregador.

IX. Diversamente, quando o acidente for causado por um companheiro de trabalho, mas que não goze de quaisquer poderes de direção *delegados* pelo empregador, não é de aplicar o artigo 18.º LAT, mas antes, eventualmente, o artigo 17.º LAT.

Poderia perguntar-se se, ainda assim, *poderá o empregador responder pela atuação do seu trabalhador, não pela LAT, mas antes pelo regime do Código Civil?*

Dependendo dos casos, poderá admitir-se a aplicação do artigo 500.º CC, responsabilizando o empregador como comitente, ou mesmo do artigo 800.º CC, caso o empregador tenha utilizado o auxiliar para cumprir, p.ex., o seu dever de segurança perante o trabalhador (pense-se no exemplo inicialmente referido de se estar perante uma ação de formação que foi incorretamente ministrada pelo trabalhador responsável). Não nos parece que a existência da LAT afaste a possibilidade de recurso aos mecanismos comuns da responsabilidade civil, sempre que os respetivos pressupostos encontrem aplicação<sup>4345</sup>.

Um argumento a favor desta tese poderá ser o disposto na própria Lei n.º 102/2009, onde se estabelece que compete aos trabalhadores zelar pela segurança e saúde de outras pessoas que possam ser afetadas pelas suas ações ou omissões no trabalho, que acresce ao disposto no artigo 128.º, n.º 1, alínea i), do CT.

Destarte, afigura-se-nos que a existência de um regime especial de acidentes de trabalho não prejudica a aplicação da lei geral, conquanto que se não esteja diante da matéria especialmente regulada. Até porque, de outro modo, o empregador ficaria beneficiado: apenas responderia (em termos agravados) pelos atos dos seus representantes, mas não seria já responsável

---

<sup>4345</sup> Como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 997 e seguintes, “o reconhecimento da autonomia dogmática do direito do trabalho não significa a sua colocação num lugar à parte do universo jurídico, através da recusa sistemática da aplicação das normas civis no domínio laboral.”, acrescentando que, pelo contrário, “o direito civil mantém-se como direito subsidiário, assegurando a integração das suas lacunas regulativas”.



pela atuação de quaisquer outros trabalhadores, mesmo que os houvesse incumbido de alguma tarefa (art. 500.º CC) ou os tivesse introduzido no cumprimento de uma obrigação (art. 800.º/1 CC).

X. Segundo Lobo Xavier, a responsabilidade do empregador pelos atos dos seus trabalhadores extravasa o âmbito do previsto nos artigos 500.º e 800.º CC. O Autor sugere, a este respeito, a possibilidade de se retirar do atual quadro legislativo uma *“responsabilidade geral do empregador pelos atos dos trabalhadores conexos com o desempenho da prestação de trabalho na empresa”*, em atenção à relevância crescente do princípio da tutela da confiança, atendendo a que os trabalhadores são o *rostro visível* da empresa, levando assim a entender a empresa como *“um centro de responsabilidade”*<sup>4346</sup>.

Ainda Lobo Xavier, extravasando o disposto nos artigos 500.º e 800.º CC, numa questão que parece relevar em termos de acidentes de trabalho, afirma que o empregador deve responder, enquanto entidade organizada, pelos atos dos seus trabalhadores, mesmo que não se consiga individualizar a pessoa em concreto agente do fato lesivo<sup>4347</sup>.

Sublinhe-se ainda que, em sede de acidentes de trabalho, bem como no regime comum consagrado nos artigos 500.º e 800.º CC, o empregador responde pela atuação dos seus trabalhadores, ainda que estes hajam incumprido as ordens e instruções que lhes foram dadas<sup>4348</sup>. Com efeito, a responsabilidade do empregador é moldada em termos objetivos.

XI. A terceira situação contemplada no art. 18.º da LAT é aquela em que o acidente é provocado por uma *entidade contratada pelo empregador*.

Estamos, nesta hipótese, perante um caso clássico de responsabilidade por fato de outrem, que em princípio terá o seu enquadramento nos artigos

---

<sup>4346</sup> BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, ob. cit., pp. 16 e 17.

<sup>4347</sup> BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, em RDES, Ano LI, XXIV da 2.ª Série, N.ºs 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010, p. 26.

<sup>4348</sup> No mesmo sentido, cf. BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, em RDES, Ano LI, XXIV da 2.ª Série, N.ºs 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010, p. 26.

500.º ou 800.º do CC, consoante os casos. No entanto, contrariamente ao que se encontra no regime civil do comitente, o art. 18.º da LAT prescinde de qualquer relação de subordinação entre o empregador e a entidade por este contratada.

Pressuposto desta responsabilidade é que o empregador tenha introduzido um terceiro na relação laboral, possibilitando-lhe o acesso a condições que lhe permitem causar dano ao próprio trabalhador. Responde, assim, pelo risco criado.

XII. Desde 2009 que a lei prevê também o agravamento em caso de acidente provocado por *empresa utilizadora de mão-de-obra*, situação que permite enquadrar o trabalho temporário e a cedência ocasional de trabalhador.

No trabalho temporário verifica-se o “*desdobramento da posição do empregador*”, de forma que se pode falar na “*partilha do estatuto de empregador pela ETT e pelo utilizador*”<sup>4349</sup>.

Nas palavras de Regina Redinha, “*de um lado temos a ETT que não é o empregador de fato, mas quer sê-lo de direito e de outro lado a empresa utilizadora que é de fato o empregador, mas que não quer sê-lo de direito, e, entre as duas, um trabalhador que está juridicamente vinculado a uma empresa onde não trabalha*”<sup>4350</sup>. Há, pois, uma “*dualidade ou complementariedade de empregadores ou, mais precisamente, numa dissociação de empregador entre as duas empresas*”<sup>4351</sup>.

Até à Lei n.º 98/2009, a doutrina e a jurisprudência debatiam a questão da responsabilidade agravada do empregador nos casos de cessão, a título temporário, do trabalhador a terceiro, quer no âmbito do trabalho temporário,

---

<sup>4349</sup> MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, ob. cit., pp. 317 e seguintes; GUILHERME DRAY, em anotação ao artigo 172.º do CT, em *Código do Trabalho Anotado*, ob. cit., pp. 428 e seguintes; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, ob. cit., pp. 135 e seguintes; MARIA REGINA GOMES REDINHA, *A relação laboral fragmentada. Estudo sobre o trabalho temporário*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra editora, 1995, pp. 182 e seguintes; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 643 e seguintes; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 439 e seguintes.

<sup>4350</sup> MARIA REGINA GOMES REDINHA, *A relação laboral fragmentada. Estudo sobre o trabalho temporário*, ob. cit., p. 184.

<sup>4351</sup> MARIA REGINA GOMES REDINHA, *A relação laboral fragmentada. Estudo sobre o trabalho temporário*, ob. cit., p. 185, acrescentando que, “*Após a cisão entre o risco económico e a gestão da empresa, surge a dissociação entre a entidade condutora do processo produtivo e o centro de imputação da relação jurídico-laboral.*”.

quer no da cedência ocasional de trabalhador. Argumentava-se com a injustiça da responsabilização do empregador, quando seria na realidade o utilizador quem, de fato, estaria a retirar benefício da atividade do trabalhador e quem, unicamente, poderia prevenir o acidente através da observância de todas as regras de segurança, saúde e higiene no trabalho.

A jurisprudência manifestava-se maioritariamente no sentido de que a circunstância de haver uma bipartição dos poderes laborais entre duas entidades não possibilitar ao empregador a exoneração da respetiva responsabilidade agravada por acidente de trabalho, ainda que tivesse sido outro o causador desse mesmo acidente.

Neste sentido se pronunciou diversas vezes o STJ, designadamente:

a) Acórdão de 20.6.2012<sup>4352</sup>:

Um trabalhador temporário era pedreiro e desempenhava atividades junto da empresa utilizadora, quando foi atingido pelo desabamento de um telhado, tendo ficado debaixo de uma placa de cimento e tendo-se provada a ausência de quaisquer medidas de proteção, coletiva ou individual. A ETT alegava não poder ser responsabilizada nos termos do artigo 18.º LAT, por a eventual violação das regras de segurança não lhe ser imputável. Por outro lado, segundo o artigo 16.º/2 da Lei n.º 102/2009, seria ao utilizador, enquanto executante da obra, que caberia o cumprimento das regras de segurança: trata-se aqui da coordenação da implementação de medidas tendentes à garantia do direito dos trabalhadores, que não afetaria a responsabilidade da ETT, que não seria transferida para a empresa utilizadora.

Porém, de acordo com o STJ, mesmo que a segurança no local incumba a um terceiro, tal não exonera o empregador da sua responsabilidade: *“A ETT não é condenada por negligência alheia; é condenada pelo perigo de colocar o trabalhador nas mãos de terceiro sendo que um dos perigos é a violação de regras de segurança”*, concluindo que se tratava, assim, de responsabilidade objetiva, por fato de outrem. Contudo, note-se que o STJ considerou também que o utilizador atua

---

<sup>4352</sup> Processo n.º 279/07.7TTBJA.E1.S1, Relator Sampaio Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

como representante da ETT, ao afirmar que os seus comportamentos se traduzem em atos da ETT, que a vinculam e responsabilizam... Afirmação que, a nosso ver, já se mostra mais discutível.

b) Acórdão de 29.03.2012<sup>4353</sup>:

O STJ qualificou o utilizador como representante do empregador (ETT), para efeitos do artigo 18.º da LAT, concluindo que a imputação da violação de regras de segurança à utilizadora não exonerava a ETT da sua responsabilidade, enquanto empregador.

No caso, ficara demonstrado que não tinham sido cumpridas as *“regras da imobilização dos tubos e de isolamento da área onde estavam a ser efectuados os trabalhos de colocação, em altura, dos aludidos tubos”*, bem como que tal *“seria idóneo a impedir a verificação do acidente e que o incumprimento dessas regras foi causa necessária e adequada à ocorrência, por um lado, da queda do tubo que não estava seguro – que veio a atingir o sinistrado – e, por outro lado, determinou que o sinistrado laborasse precisamente na área que deveria estar isolada, vulnerável a perigos que, efectivamente, se vieram a traduzir em reais danos, está verificado o nexo causal entre o fato e o evento lesivo, in casu, a morte do sinistrado, a demandar a responsabilidade agravada do empregador.”*.

Ora, havendo uma relação de trabalho temporário, o empregador era a ETT, pelo que caberia à EU, *“por delegação daquela, a direcção e organização do trabalho, cabendo, doutro passo, ao trabalhador temporário o acatamento das prescrições da empresa utilizadora no que respeita ao modo, lugar, duração de trabalho e suspensão da prestação de trabalho, higiene, segurança e medicina no trabalho.”*. Acrescentando-se ainda que *“O termo “representante” a que alude o art. 18.º, n.º 1, da LAT, refere-se às pessoas que gozam de poderes representativos de uma entidade patronal e actuem nessa qualidade, abrangendo normalmente os administradores e gerentes da sociedade, cujas características preenchem as próprias do mandato, e ainda quem no local de trabalho exerça o poder directivo, o que significa que os comportamentos da empresa utilizadora se traduzem em actos da própria empresa de trabalho temporário, que a*

---

<sup>4353</sup> Processo n.º 289/09.0TTSTB.E1.S1, Relator Sampaio Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*vinculam e responsabilizam pela violação culposa das regras legais de segurança no trabalho que àquela venham a ser imputáveis.”*. O STJ esclareceu ainda que a propositura da ação apenas contra o empregador – ETT responsável pelo acidente de trabalho – não implicava ofensa ao art. 20.º da Constituição, uma vez que aquela goza de direito de regresso contra a EU e, para além disso, porque se trata de assegurar um direito atribuído aos trabalhadores no artigo 59.º, n.º 1, alínea f), da Lei Fundamental.

c) Acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ de 6.2.2013<sup>4354</sup>:

Num caso decidido anteriormente, a ETT havia sido responsabilizada pela violação de regras de segurança por parte do utilizador e num outro caso tinha sido responsabilizado o próprio utilizador, tendo-se considerado ser este o *empregador real*. O recorrente sustentava ser absurdo que uma ETT, apenas por ter cedido um trabalhador, *“passasse a ser responsável pela avaliação de riscos e adopção de medidas de segurança e protecção desse trabalhador”*, bem como refutava que a empresa de utilização pudesse ser considerada como representante da ETT, argumentando que não dispunha de poderes de representação, nem, tão-pouco, se poderia falar aqui da existência de uma representação imprópria, na aceção do artigo 500.º do CC, por não haver uma relação de comissão. Por fim, invocava que *“a ETT, não tendo qualquer conhecimento concreto ou técnico nem, consequentemente, qualquer possibilidade de controlo sobre o que se passa em obra, pelo que não dá nem pode dar quaisquer indicações à empresa utilizadora a esse respeito”*.

O caso em análise era o seguinte: o trabalhador temporário fora contratado pela ETT, mediante contrato de trabalho temporário a termo incerto, para prestar a sua atividade a determinada empresa utilizadora, na função de serralheiro. O trabalho era realizado nas instalações de uma outra empresa, na qual a EU executava trabalhos. O trabalhador encontrava-se equipado com vestuário de proteção e o capacete. O acidente ocorreu quando no local estava a ser colocada uma conduta na parte superior da nave, a qual caiu e atingiu o trabalhador fatalmente. De referir que o trabalhador se encontrava a prestar

---

<sup>4354</sup> Processo n.º 289/09.0TTSTB.A.S1, Relator Leones Dantas, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

atividade no local que se situava por debaixo da zona onde estava a ser colocada a conduta, ou seja, *“dentro da área envolvente do local onde se encontrava a máquina giratória, atento o raio de acção desta e a dimensão da tubagem metálica”*, sendo que não haviam sido dadas instruções ao trabalhador para sair daquele local nem a área havia sido delimitada ou estabelecido qualquer perímetro de segurança. O acidente ocorreu quando um dos tubos embateu noutra tubo, provocando a queda deste último, que não se encontrava fixo e que pesava cerca de uma tonelada, o qual embateu com violência no trabalhador. Mais ficou demonstrado que *“A morte de EE poderia ter sido evitada se o perímetro de trabalho estivesse isolado”*

De acordo com esta decisão: *“A responsabilidade pela reparação de acidente de trabalho prevista na Base XVII da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, e no artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro, resultante da violação de normas relativas à segurança, higiene e saúde no trabalho, por parte de empresa utilizadora e de que seja vítima trabalhador contratado em regime de trabalho temporário, recai sobre a empresa de trabalho temporário, na qualidade de entidade empregadora, sem prejuízo do direito de regresso, nos termos gerais”*.

Para chegar a esta conclusão, o STJ baseou-se no seguinte:

- a) Entre o trabalhador temporário e a EU não existe qualquer vínculo jurídico;
- b) Igualmente inexistente qualquer vínculo jurídico entre o trabalhador temporário e a empresa que se assuma como dona da obra em que as tarefas são executadas;
- c) O termo representante abrange as *“pessoas que gozam de poderes representativos de uma entidade patronal e atuem nessa qualidade”*, incluindo normalmente os administradores e gerentes da sociedade, mas também aquele que *“no local de trabalho exerça o poder directivo”*;
- d) O utilizador exerce, por delegação da ETT, os poderes de autoridade e direcção próprios do empregador, de modo que os seus comportamentos se traduzem em atos próprios da ETT; portanto, o

utilizador não pode ser considerado um terceiro na relação de trabalho;

- e) O artigo 185.º, n.º 2, do CT determina que *durante a cedência, o trabalhador está sujeito ao regime aplicável ao utilizador no que respeita ao modo, lugar e suspensão do contrato de trabalho, segurança e saúde no trabalho e acesso a equipamentos sociais;*
- f) O trabalhador temporário não pode ser sancionado disciplinarmente pelo utilizador, que apenas pode pedir a sua substituição à ETT, pelo que *“o risco do não cumprimento do trabalhador temporário, junto da entidade utilizadora, corre por conta da empresa de trabalho temporário, que poderá ser chamada a responder pelos prejuízos causados por aquele trabalhador”;*
- g) A EU não é terceira mas antes exerce o poder de direção, mediante delegação de poderes, que opera *ope legis*;
- h) É à empresa utilizadora que compete exercer o poder de conformação da prestação de trabalho, pelo que esta *“representa a entidade empregadora na conformação do trabalho prestado (...) tudo se passando como se esse poder de conformação fosse assumido pela empresa de trabalho temporário”;*
- i) Decorre da lei relativa à segurança e saúde no trabalho que o empregador não fica isento da sua obrigação de prevenção se recorrer a entidades (pessoas ou serviços) exteriores à empresa e/ou estabelecimento para realizar as atividades de segurança e saúde no trabalho;
- j) A Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, estabelece no seu artigo 6.º, n.º 4, o seguinte: *Sem prejuízo das restantes disposições da presente directiva, quando estiverem presentes no mesmo local de trabalho trabalhadores de várias empresas, as entidades patronais devem cooperar na aplicação das disposições relativas à segurança, à higiene e à saúde e, tendo*

*em conta a natureza das actividades, coordená-las no sentido da protecção e da prevenção dos riscos profissionais, informar-se reciprocamente desses riscos e comunicá-los aos trabalhadores e/ou aos seus representantes;*

- k) O mesmo consta do artigo 16.º da Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro;
- l) O artigo 273.º, n.º 4, do CT (então vigente) determina que os empregadores devem cooperar no sentido da protecção da segurança;
- m) O artigo 186.º do CT estabelece um complexo de obrigações que impendem sobre a EU, de entre os quais se destaca o dever de comunicar à ETT *o modo de o médico do trabalho ou o técnico de higiene e segurança da empresa de trabalho temporário aceder a posto de trabalho a ocupar, donde se retira que é possível à ETT verificar as condições de trabalho a que a EU sujeita o seu trabalhador, “claramente como expressão da obrigação que incide sobre a empresa de trabalho temporário de garantir a segurança do trabalhador”.*

Assim, sem quaisquer dúvidas, a EU é considerada representante da ETT, sendo esta responsável em termos agravados em caso de incumprimento, por aquela, das normas de segurança e higiene.

XIII. Resolvendo algumas insuficiências da redação anterior, o artigo 18.º LAT de 2009 consagra a atualmente a responsabilidade solidária do empregador e da empresa utilizadora de mão-de-obra, o que permite reafirmar que o empregador não se exime da sua responsabilidade neste caso, ainda que possa posteriormente exercer o direito de regresso. Em simultâneo, parece o legislador considerar que a empresa utilizadora de mão-de-obra não integra o conceito de *representante* do empregador, contemplado na primeira parte da norma.



## Acidente provocado pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra

I. Posto que se verifique o primeiro requisito, i.e., uma ação ou omissão por parte do empregador, de um seu representante, de entidade por aquele contratada ou de empresa utilizadora de mão-de-obra, segue-se que tal ato ou omissão deve ser ilícito e culposo e ainda que se verifique um nexo de causalidade entre tal conduta e o dano sofrido pelo trabalhador, para que se possa concluir haver *acidente provocado*.

Relativamente ao requisito da ilicitude, uma vez que pré-existe uma relação laboral, impõe-se relembrar os deveres constantes das alíneas g), h) e i) do artigo 127.º do CT, bem como os constantes dos artigos 281.º e 282 do CT e, bem assim, os contemplados na Lei n.º 102/2009.

II. Por sua vez, *a culpa, não sendo presumida atualmente presumida na lei, deverá ser provada pelo lesado*, nos termos gerais do n.º 1 do artigo 487.º CC. Decorre da lei que o critério da culpa a atender será o da culpa em abstrato, conforme decorre do n.º 2 deste mesmo preceito, atendendo-se, por conseguinte, ao grau de diligência que seria exigível ao empregador médio, tendo em conta as características particulares do caso.

A culpa pode consistir em dolo ou negligência, sendo indiferentes as consequências em termos de *responsabilidade agravada*, contrariamente ao sistema do CC, em que essa diferenciação surge no âmbito do artigo 494.º. Em termos que parecem aplicáveis ao atual regime, Maria José Costa Pinto critica a ausência de diferenciação de consequências entre a atuação dolosa e grosseiramente negligente do empregador, e entre estes e a atuação com negligência leve ou ligeira, ao contrário do disposto no artigo 494.º CC<sup>4355</sup>. Em

---

<sup>4355</sup> Neste sentido, cf. MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, ob. cit., p. 117.

sentido oposto, Paulo Morgado de Carvalho aplaude o novo regime, que equipara as consequências do dolo às da negligência<sup>4356</sup>.

III. No que concerne ao dano, são indemnizáveis nesta sede – contrariamente aos casos em que não ocorre o agravamento<sup>4357</sup> – todos os prejuízos sofridos pelo trabalhador, incluindo, no âmbito dos danos patrimoniais, os lucros cessantes, e, bem assim, os danos morais.

IV. Finalmente, deverá existir e ser demonstrado um *nexo de causalidade adequada*<sup>4358</sup> entre tal conduta e os danos sofridos pelo trabalhador no acidente de trabalho (cf. art. 563.º CC). Assim, já não parece subsistir a divergência que existia nalgumas decisões, no âmbito da legislação anterior, em que da presunção de culpa presente no DL n.º 360/71 se retirava o próprio nexo de causalidade.

---

<sup>4356</sup> PAULO MORGADO DE CARVALHO, *Um olhar sobre o actual regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais: benefícios e desvantagens*, em *Questões Laborais*, Ano X, N.º 21, 2003, p. 84.

<sup>4357</sup> Nos quais apenas é indemnizável a incapacidade para o trabalho ou ganho. Sobre a questão, cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 358 e seguintes e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 804 e 805.

<sup>4358</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 311 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 531 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 881 e seguintes.

Acidente resultante da falta de observação, pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra, de regras sobre segurança e saúde no trabalho

I. Vejamos agora a segunda situação contemplada neste preceito, ou seja, a que maiores dúvidas suscita: *acidente resultante da falta de observação, pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra, de regras sobre segurança e saúde no trabalho*.

Primeiramente, dir-se-á o seguinte: se o artigo 18.º LAT não existisse, o acidente causado por um representante do empregador seria da responsabilidade (subjativa) deste, nos termos do artigo 483.º/1 CC; eventualmente, o empregador poderia ser chamado a responder, como comitente, ao abrigo do artigo 500.º CC. O mesmo já não aconteceria necessariamente em relação à *entidade* contratada pelo empregador, na medida em que, pelo menos para uma parte da doutrina, não se verificaria aqui a relação de comissão que constitui pressuposto de aplicação deste regime<sup>4359</sup>.

Pergunta-se: seria então aplicável o art. 800.º/1 do CC? De acordo com o que sustentámos no capítulo precedente, estará em causa um problema de delimitação do âmbito obrigacional: se o dever violado pelo representante do empregador, ou pela entidade por este contratada, tiver ver natureza obrigacional, poderá ter aplicação o art. 800.º/1 do CC. Conforme defendemos, ainda que se trate de um dever de segurança em relação à pessoa do trabalhador, parece-nos que mesmo assim o mesmo estará abrangido pela proteção do próprio contrato. A situação não é, assim, diversa, do contrato de prestação de serviço médico, em que a integridade física e a saúde do paciente

---

<sup>4359</sup> Pronuncia-se contra a exigência de um nexo de subordinação LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., p. 331. A favor do nexo de subordinação mas já não quanto à liberdade de escolha, cf. no entanto: PEDRO NUNES DE CARVALHO, *A responsabilidade do comitente*, ob. cit., p. 22. A favor da exigência de liberdade de escolha mas exigindo apenas a atuação no interesse e por conta do comitente, dispensando a subordinação, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 608 e seguintes. Cf. ainda MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade delitual por fato de terceiro*, ob. cit., pp. 266 e seguintes, considera que a comissão não se limita à relação de trabalho subordinado, podendo incluir outros contratos, de prestação de serviços, ou mesmo relações familiares ou sociais.

são interesses protegidos pelo próprio contrato. Sendo que, mesmo para aqueles que defendam tratar-se aqui de uma *terceira via*, sempre seria de aplicar, de igual modo, o regime obrigacional, levando assim ao art. 800.º/1 do CC.

No entanto, uma coisa é a abordagem do problema em abstracto, outra será a resolução do caso concreto. Assim, por exemplo, supondo que o empregador, empresa A, contratou a empresa B para colocar redes de segurança numa obra na qual os seus trabalhadores da empresa A iriam prestar atividade. A empresa B não colocou devidamente as redes, razão pela qual C, trabalhador da empresa A, sofreu um acidente de trabalho. A nosso ver, foi incumprida uma obrigação de natureza contratual: o dever de prevenir acidentes de trabalho, previsto no art. 127.º do CT. É certo que o empregador atribuiu essa tarefa a um terceiro, mas não se exonerou, com tal ato, do seu próprio dever. Por isso, a livre introdução do terceiro no cumprimento da obrigação não o libera, antes pelo contrário, responde pelo, neste caso, cumprimento defeituoso da referida obrigação.

II. Na nossa perspetiva, o agravamento da responsabilidade presente no art. 18.º/1 LAT assenta na ideia de *livre introdução do terceiro* por parte do empregador: ou seja, é este quem decide contratar determinado representante ou entidade, pelo que, causando este um dano a um trabalhador, deve assumir a respetiva responsabilidade.

Como salienta Lobo Xavier, “O contrato de trabalho é um contrato de organização”<sup>4360</sup>, no sentido em que é exigível uma organização de trabalho credível, por forma a possibilitar a realização das prestação perante terceiros<sup>4361</sup>. O Autor sublinha aqui a existência de uma espécie de “*despersonalização na causação do dano*”, que ocorre em virtude da atuação da empresa<sup>4362</sup>.

---

<sup>4360</sup> BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, em RDES, Ano LI, XXIV da 2.ª Série, N.ºs 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010, p. 21.

<sup>4361</sup> BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, ob. cit., p. 22.

<sup>4362</sup> BERNARDO LOBO XAVIER, *Notas sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, ob. cit., p. 23.

A lógica parece assim ser similar à encontrada no art. 800.º/1 do CC. Questão diversa que importa colocar é se, verificando-se o condicionalismo presente no art. 18.º/1 da LAT, se impõe de igualmente modo o preenchimento dos pressupostos de aplicação do art. 800.º/1 do CC. Questão à qual nos parece responder negativamente, atendendo à especialidade deste regime.

III. O artigo 18.º LAT refere tanto o acidente causado pelo empregador, seu representante, empresa por ele contratada ou empresa utilizadora de mão-de-obra, como o acidente *resultante de falta de observação, por estes, das regras sobre segurança e saúde no trabalho*.

Contudo, esta referência especial parece, pelo menos à primeira vista, supérflua em relação ao que já resulta da primeira parte, ou seja, acidente causado pelo empregador, seu representante, empresa por ele contratada ou empresa utilizadora de mão-de-obra. Com efeito, não se prescinde, aqui, do nexo de causalidade, já que se continua a exigir que o acidente *resulte* da inobservância destas regras, e, se assim é, tratando-se de um ato ou omissão imputável a quem estava obrigado a cumpri-las, estaremos ainda perante acidente provocado por essa mesma pessoa ou entidade, através da inobservância das regras de saúde e segurança no trabalho.

Por outro lado, não obstante o artigo 18.º LAT referir a falta de observação, por *aqueles*, parece-nos que não se exclui que tal inobservância resulte da própria empresa utilizadora de mão-de-obra, até porque não haveria razão para esta ser excluída.

Ora, se o acidente resulta da inobservância das regras de segurança e se ainda assim se exige a demonstração do nexo de causalidade, qual a utilidade desta exigência? Nesse caso, não é correto concluir que o acidente foi causado pela pessoa que desrespeitou a referida regra? E, se foi causado, qual será então a utilidade da 2.ª parte do preceito?

V. O único conteúdo útil que se poderia retirar da especial menção à falta de observação das regras de segurança e saúde no trabalho seria:

- a) Considerar que a lei pretende consagrar uma presunção de culpa em caso de falta de observação de regras de segurança e saúde no trabalho;
- b) Um objetivo didático, no sentido do reforço dos deveres de prevenção;
- c) A simples manutenção de uma expressão que, há largos anos, tem vindo a ser consagrada nas sucessivas LAT.

Assente que os segundo e terceiro propósitos não têm consequências de maior na interpretação e aplicação do preceito, resta questionar *se resulta ou não da segunda parte do n.º 1 do artigo 18.º a presunção de culpa do empregador, bem como da empresa utilizadora de mão-de-obra, sempre que tais regras de segurança e de saúde no trabalho sejam violadas*. Este é um problema que se situa no âmbito da interpretação do preceito e que é similar ao do artigo 18.º LAT 1997.

De fato, o artigo 18.º opõe uma situação em que não há dúvidas sobre a imputação subjetiva – *acidente provocado por* – a uma situação em que omite qualquer referência a um nexo de imputação do fato ao agente – *falta de observação das regras sobre segurança e saúde no trabalho*.

Todavia, as presunções de culpa são excepcionais, em face do artigo 487.º, n.º 1, do Código Civil, sendo duvidoso – se é que seria admissível – que o legislador pretendesse estabelecer uma presunção em termos dúbios<sup>4363</sup>. Pelo que, da nossa parte, não hesitamos em responder negativamente à questão colocada.

---

<sup>4363</sup> Sobre este problema, cf.: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, ob. cit., pp. 290 e seguintes; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, ob. cit., pp. 475 e seguintes; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, ob. cit., pp. 589 e seguintes; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 84 e seguintes.

VI. Em contrapartida, nota-se que, apesar de a jurisprudência exigir a verificação dos dois requisitos, ou seja, a inobservância da regra de segurança ou saúde no trabalho e o nexo de causalidade em relação ao acidente, a verdade é que, na prática, tende a não aplicar a teoria da causalidade adequada, nos termos do artigo 563.º CC. Antes pelo contrário, a generalidade das decisões considera simplesmente que se a regra existe é para prever aquele tipo de dano, dando, assim, como demonstrado o nexo de causalidade. O que acaba por consubstanciar uma *presunção judicial*, com efeitos não muito diferentes dos que teriam a *presunção legal*.

VII. O entendimento de significativa parte da jurisprudência relativamente ao artigo 18.º da LAT 1997 (que, nesta parte, se não distancia do artigo 18.º da atual LAT), parece ir no sentido da *desnecessidade da demonstração da culpa do empregador* (ou do seu representante, entidade por ele contratada ou empresa utilizadora de mão-de-obra) em caso de inobservância de regras de segurança, higiene e saúde no trabalho. Assim, embora não o dizendo em moldes expressos, parece retirar da 2.ª parte do artigo 18.º uma *presunção de culpa*, a menos que se sustente haver aqui uma imputação a título objetivo. De qualquer das formas, o resultado não será de aceitar.

Ao invés, pensamos que a menção especial à falta de cumprimento das regras de segurança e saúde no trabalho se compreende devido a uma preocupação do legislador, no sentido da prevenção dos acidentes de trabalho. Assinala-se, aqui, a função preventiva da responsabilidade civil, até porque, na lei anterior (artigo 54.º do DL n.º 360/71), chegou a vigorar uma *presunção de culpa do empregador*, no caso de o acidente resultar de inobservância de preceitos legais e regulamentares, bem como de diretrizes de entidades competentes sobre as regras de higiene e segurança no trabalho.

Contudo, afigura-se excessivo partir daí para a existência de uma *presunção de culpa* da entidade empregadora, ou mesmo de uma imputação objetiva. Nem tal seria lógico, face à evolução legislativa, já que a *presunção* existia no DL 360/71 e deixou claramente de figurar no texto legal a partir de

1997. Por outro lado, sendo as presunções de culpa excepcionais, não se mostra consentâneo com esta realidade uma presunção de culpa implícita.

#### Natureza jurídica

I. Uma primeira questão que nos parece relevante é questionar se esta é uma responsabilidade subjetiva?

No âmbito do artigo 18.º da Lei n.º 100/97, a doutrina não tinha dúvidas em afirmar a natureza subjetiva da imputação<sup>4364</sup>.

Atualmente, do ponto de vista da imputação ao empregador, apenas a primeira situação configura, em sentido técnico-jurídico, responsabilidade subjetiva do empregador. Por seu turno, nas 2.ª e 3.ª situações, estamos diante de responsabilidade indireta, por fato de outrem (representante ou entidade contratada pelo empregador).

II. A determinação da natureza jurídica da responsabilidade do empregador pelos acidentes de trabalho é uma das mais controversas na nossa doutrina, para o que não é alheia a evolução histórica que este regime teve.

O problema coloca-se principalmente em saber se se trata de responsabilidade delitual ou obrigacional? Ou se ainda não se estará diante de uma situação que integra a chamada terceira via da responsabilidade civil.

III. Originariamente, uma das formas de ultrapassar as dificuldades de imputação ao empregador foi, precisamente, a recondução da responsabilidade por acidentes de trabalho (em geral) à responsabilidade obrigacional, fundada no contrato de trabalho, permitindo a consequente aplicação da presunção de culpa<sup>4365</sup>.

---

<sup>4364</sup> CARLOS ALEGRE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, ob. cit., p. 105.

<sup>4365</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., pp. 14 e 15.



Neste sentido se pronunciou Manuel Gomes da Silva, para quem a obrigação de o empregador reparar o acidente de trabalho emerge da relação de trabalho, sendo uma prestação acessória da retribuição.

Esta conceção era, como sublinha Menezes Leitão, artificial, já que é irreal considerar que do contrato de trabalho deriva, tacitamente, uma obrigação de segurança. Por outro lado, tal iria deixar o trabalhador desprotegido em relação aos acidentes derivados de culpa sua ou de caso fortuito<sup>4366</sup>.

IV. Relativamente à natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho (em geral e não especificamente no âmbito do artigo 18.º LAT), Menezes Leitão considera que a mesma se não insere no regime de responsabilidade civil, já que a indemnização não tem como critério de fixação o dano sofrido, sendo antes calculada com base em tarifas legais<sup>4367</sup>.

A reparação tem, na perspetiva de Menezes Leitão, um duplo carácter indemnizatório e alimentar, justificado pela consagração de um direito absoluto do trabalhador à sua segurança, visando a lei impedir que o acidente de trabalho provoque a sua ruína económica<sup>4368</sup>.

Contudo, como nota o mesmo Autor, o sistema de acidentes de trabalho não põe de parte a aplicação do regime comum da responsabilidade civil, havendo, no entanto, dificuldades na sua articulação<sup>4369</sup>, uma vez que não pode a indemnização obtida exceder o dano sofrido, sob pena de enriquecimento sem causa<sup>4370</sup>.

---

<sup>4366</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 15.

<sup>4367</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., pp. 40 e 41, afirmando: "Pensamos, por isso, que o regime jurídico dos acidentes de trabalho é estranho ao instituto da responsabilidade civil."

<sup>4368</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 41.

<sup>4369</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 43.

<sup>4370</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 44.

V. O fundamento da responsabilidade *agravada* oscila, segundo a doutrina, entre os que lhe apontam o carácter de pena imposto ao empregador, e os que sugerem a finalidade indemnizatória<sup>4371</sup>.

Segundo Menezes Leitão, a função de pena poderia ser a explicação para a responsabilidade subsidiária da seguradora, embora considere que esta é uma discussão fútil, que se reconduz à discussão sobre as finalidades da própria responsabilidade civil<sup>4372</sup>.

Para este Autor, ao contrário do que se verifica na responsabilidade objetiva, o artigo 18.º LAT consubstancia um caso de responsabilidade civil, que representa a imputação de um dano a um sujeito, a título de culpa, implicando as funções acessórias de prevenção e de sanção<sup>4373</sup>, entendimento que acompanhamos.

---

<sup>4371</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 45.

<sup>4372</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., p. 45.

<sup>4373</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais. Estudos e Pareceres*, Volume I, ob. cit., pp. 45 e 46.

## Outros casos de responsabilidade

I. Por último, refira-se apenas que não se esgota na LAT a possibilidade de responsabilização específica do empregador por atuação de outrem.

Assim, o artigo 551.º CT determina:

- a) A responsabilidade do empregador pelas contraordenações laborais, *ainda que praticadas pelos seus trabalhadores no exercício das respetivas funções* (n.º 1);
- b) A responsabilidade solidária do contratante pelo pagamento da coima aplicada ao subcontratante que execute, no todo ou em parte, o contrato nas instalações daquele e sob responsabilidade do mesmo, pela violação de disposições a que corresponda uma infração muito grave, *salvo se demonstrar que agiu com a diligência devida* (n.º 4).

II. A este propósito, mencione-se por fim o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 201/2014<sup>4374</sup>, nos termos do qual se decidiu julgar não inconstitucional o disposto no n.º 3 do art. 551.º do CT, no qual se estabelece, quanto ao sujeito responsável por contraordenação laboral, que se o infrator for uma pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com aquela, os respetivos administradores, gerentes ou diretores.

---

<sup>4374</sup> Processo n.º 70/2012, publicado no Diário da República, II Série, N.º 68, de 7 de abril de 2014, pp. 9455-9463.



## CONCLUSÕES

1.<sup>a</sup> A ideia de responsabilidade pelos atos de outra pessoa é muito antiga, tendo origem na organização social baseada no clã, no qual o grupo era, em termos coletivos, chamado a responder pelo ato de um dos seus membros.

2.<sup>a</sup> O Direito civil atual é profundamente marcado pelo Direito romano. Contudo, este caracteriza-se pela ausência de um sistema de responsabilidade civil propriamente dito e pela inexistência de uma linha clara de distinção entre responsabilidade contratual e delitual, sendo ainda duvidoso se a responsabilidade delitual antecedeu ou não a responsabilidade contratual.

3.<sup>a</sup> O conceito romano de delito não era particularmente desenvolvido. O principal era a constatação de um dano e a necessidade de o reparar.

4.<sup>a</sup> Tanto em matéria delitual, como no domínio obrigacional, não se vislumbrava no Direito romano um regime de natureza geral, ou seja, um princípio segundo o qual aquele que causasse um dano a outrem, dentro de certas condições, fosse obrigado a indenizar, havendo antes uma enumeração fechada das situações em que essa obrigação era imposta.

5.<sup>a</sup> Na época arcaica, o principal marco relativo à responsabilidade civil resulta da Lei das Doze Tábuas.

6.<sup>a</sup> Para uma parte significativa da doutrina, a responsabilidade por fato de outrem tem a sua origem nas ações noxais de Direito romano, bem como nas ditas *atio de effusis et deiectis*, contra o proprietário de um edifício, pelas coisas que dele fossem arremessadas ou que caíssem sobre os transeuntes.

7.<sup>a</sup> As *ações noxais* eram aplicáveis aos danos causados por escravos ou por menores que se encontrassem debaixo do poder de alguém, sendo este o responsável; sendo o delito cometido por um subordinado, o *paterfamilias* poderia abandoná-lo ao lesado.

8.<sup>a</sup> Para além das *ações noxais*, o Direito romano conhecia situações de responsabilidade pela atuação de outrem: *actio institoria* e *actio exercitoria*.

9.<sup>a</sup> Encontram-se no Direito romano manifestações de responsabilidade por fato de outrem nas seguintes situações:

- e) O *dominus*, não culpado, respondia pela culpa dos filhos e dos escravos;
- f) O habitante de um edifício respondia pelos danos causados pela queda de objetos na via pública;
- g) O responsável por um negócio respondia pela culpa dos seus propostos, submetidos ao seu poder, quando no exercício de tal atividade;
- h) O transportador marítimo e o estalajadeiro eram responsáveis, incondicionalmente, exceto em casos de força maior, pelos objetos a bordo do navio ou inseridos na estalagem.

10.<sup>a</sup> A regra no Direito romano era a da intransmissibilidade da posição jurídica do devedor. A obrigação era pessoal e, nessa medida, intransmissível, a menos que houvesse novação. Em contrapartida, tanto o recurso a auxiliares como a substitutos era, em princípio, permitido.

11.<sup>a</sup> Nas Instituições de Gaio, diferenciava-se entre:

- a) Casos, em que se incluíam a *societas*, o *mandatum*, o *depositum*, a *fiducia* e a *tutela*, em que o devedor apenas respondia pelo *dolus malus*, ou seja, conduta de consciente má fé;

- b) Noutros casos, o devedor respondia pela custódia, o que sucedia quando tinha em seu poder, para seu proveito, coisas que pertencessem ao credor, respondendo assim pelos danos decorrentes da sua insuficiente vigilância e apenas se podendo liberar de tal responsabilidade em caso de força maior; respondia também pelo simples furto, mesmo na ausência de culpa própria.

12.<sup>a</sup> A doutrina diferencia quatro grupos de situações:

- a) Casos de assunção lícita dos danos causados por terceiros, mas em que o devedor respondia pela sua própria culpa: p.ex., se uma casa vendida se incendia, por culpa do servo do proprietário, considerava-se este último culpado na escolha ou vigilância daquele;
- b) Casos de assunção lícita dos danos causados por terceiros no cumprimento duma obrigação, incluindo aqui o depositário, quando entregava a coisa depositada a terceiro e esta perecia por culpa deste;
- c) Casos de substituição, não autorizada, para o exercício dum direito ou para o cumprimento duma obrigação, em que o devedor era responsável pela própria violação culposa dos seus deveres negociais, aqui se incluindo o caso dos magistrados, tutores e curadores;
- d) Casos que seriam de efetiva responsabilidade obrigacional incondicionada por fato de outrem, incluindo os seguintes:
  - a. Um coveiro respondia pelo furto das roupas do cadáver por parte de um dos seus servos;
  - b. Aquele que atribuísse a um empregado a tarefa de vigiar e lavar as roupas de um cliente, responderia, caso este viesse a fugir com estas;
  - c. O dono responderia quando um escravo seu incumbido de vigiar uma mula a deixasse fugir, por descuido;

- d. Responsabilidade por *receptum*, prevista quanto ao capitão do navio, ao hospedeiro e ao estalajadeiro, pelos atos de terceiros que pusessem em causa a obrigação de restituir os bens dos passageiros ou clientes, respetivamente, podendo somente liberar-se em caso de força maior.

13.<sup>a</sup> O caso mais relevante era o *receptum*, que estava previsto nos éditos como sendo aplicável aos *nauta*, *caupo* e *stabularius*, os quais respondiam pelo furto ou danos sofridos pelas coisas que lhes fossem entregues, mesmo que tais atos fossem cometidos pelos seus próprios dependentes. O seu fundamento era baseado nas necessidades do comércio, em especial de Direito marítimo.

14.<sup>a</sup> Pelo menos nos primeiros tempos, a *responsabilidade contratual era restrita a dois critérios: o dolo e a custódia*. A obrigação de custódia existia, pelo menos, nos seguintes casos:

- e) Vendedor (ainda que com algumas dúvidas da doutrina), em relação ao objeto vendido;
- f) Comodatário;
- g) Pessoas remuneradas para guardar uma coisa ou *horrearius*, isto é, os depositários profissionais, que tinham, normalmente, um armazém onde guardavam os objetos que outros lhes entregavam, para reparar ou transformar;
- h) Albergueiros, bem como aqueles que exploravam navios, que seriam automaticamente responsáveis por todos os danos causados ao objeto cuja guarda lhes fosse confiada, quer tivessem sido causados pelos seus propostos, quer por terceiros.



15.<sup>a</sup> Na custódia, a responsabilidade era afirmada desde que o dano não resultasse de caso de força maior: configurava, assim, uma responsabilidade pelo resultado, em que o devedor assumia uma garantia. Deste modo, embora não respondendo por todos os riscos, respondia por aqueles que estivesse em seu poder evitar, incluindo por situações de caso fortuito.

16.<sup>a</sup> No período clássico, esta responsabilidade aparentava ser uma responsabilidade de natureza objetiva, tendo sido posteriormente nela introduzido um critério de culpa, baseado na má escolha do pessoal.

17.<sup>a</sup> Não se encontra no Direito romano clássico um *princípio geral* de responsabilidade por fato de outrem, embora houvesse situações em que o devedor era chamado a responder, mesmo não tendo praticado qualquer conduta que tivesse contribuído para o resultado danoso.

18.<sup>a</sup> A doutrina diverge quanto à natureza da custódia, designadamente se a mesma consubstanciava um caso de culpa do devedor ou se, pelo contrário, se tratava de uma situação de responsabilidade objetiva ou ainda de uma categoria autónoma de responsabilidade, posição esta que considerámos de acolher.

19.<sup>a</sup> A recondução da responsabilidade pela custódia à responsabilidade objetiva não pode ser feita sem prévia ponderação, na medida em que, à data em questão, o conceito de responsabilidade objetiva, pelo menos como hoje o conhecemos, era inexistente; para além disso, a custódia parecia então surgir associada ao dever de guardar.

20.<sup>a</sup> No período pós-clássico, começou a encontrar plena afirmação a regra de que *não havia responsabilidade sem culpa* e foi abandonado o princípio da responsabilidade por fato de outrem, na parte em que se referia aos delitos praticados por crianças. Aos poucos, também a responsabilidade por atos dos escravos foi caindo em desuso.

21.<sup>a</sup> No Direito justinianeu, a responsabilidade passou a ser baseada, de modo exclusivo, na culpa do devedor: *o princípio era o de que a culpa – dolo ou mera culpa – seriam os critérios de imputação base*. Em simultâneo, verificou-se uma transformação da ideia de custódia numa responsabilidade pela inobservância da diligência *in custodiendo*, o que leva a concepção dominante a afirmar que, em Justiniano, a responsabilidade por fato de outrem assentava apenas na culpa, concretamente na culpa *in eligendo*.

22.<sup>a</sup> Nesta época, os casos de responsabilidade por fato de outrem surgiam, antes, como casos isolados, reconduzindo-se a três situações:

- d) Responsabilidade pelos atos dos mensageiros;
- e) Responsabilidade do locatário pelos danos causados pelos seus escravos ou membros da sua casa, à propriedade do locador;
- f) Grupo de casos de responsabilidade expressamente previstos nos éditos: *nauta, caupo e stabularius*, que eram responsáveis pela ameaça ou dano causados pelos seus empregados, o *habitor*, responsável pelos danos causados pela queda de objetos da sua casa sobre transeuntes, e o *publicani*, pelos delitos cometidos pelos seus escravos no âmbito da tarefa de recolha de impostos.

23.<sup>a</sup> A polémica da interpretação acerca do fragmento *D. 19, 2* demonstra que a possibilidade de imputação jurídica objetiva dos danos causados pelos atos do auxiliar de cumprimento não era desconhecida do Direito romano, antes pelo contrário, parecia ser claramente afirmada.

24.<sup>a</sup> A doutrina hesita, também quanto a esta época, entre aqueles que reconduzem a custódia à responsabilidade subjetiva, enquanto outros a qualificam como responsabilidade objetiva. Na primeira orientação, considera-se que na evolução do Direito clássico para o Direito posterior se passou de um dever de custódia para uma espécie de dever de diligência na custódia. Por seu turno, na segunda orientação encontram-se os autores que procuram construir um sistema de responsabilidade objetiva assente na custódia.

25.<sup>a</sup> Se a coisa em relação à qual o sujeito exerce a sua custódia desaparecesse, por furto, ou se simplesmente percesse, o resultado era imputado ao devedor na medida em que estava na sua esfera de ação a possibilidade de o impedir. Neste sentido, a responsabilidade parecia aproximar-se da imputação subjetiva, caso se entendesse que, com a ação omitida, o resultado poderia ser evitado. Seria, ainda assim, uma imputação subjetiva com culpa ficcionada.

26.<sup>a</sup> A nosso ver, parece um fato indesmentível que, no Direito romano, existiam soluções que apenas eram explicáveis numa lógica de responsabilidade objetiva, porquanto não assentavam numa determinada conduta do devedor, funcionando automaticamente perante certa situação considerada, por si só, relevante. Assim, haveria responsabilidade a título de dolo, mera culpa e custódia, entendida esta última como a situação em que uma coisa estava sob a vigilância de outrem, que responderia por qualquer dano ocorrido na coisa, designadamente em caso de furto.

27.<sup>a</sup> Na legislação visigótica a responsabilidade por fato de outrem estaria consagrada nos estatutos e compromissos das corporações de artes e ofícios, em relação à responsabilidade dos mestres pelos danos causados por oficiais e aprendizes a coisas dos seus clientes.

28.<sup>a</sup> No Código de Eurico, era admitida a responsabilidade do proprietário de uma loja, pelos atos de um aprendiz e a responsabilidade do capitão pelos atos dos tripulantes. Além disso, no âmbito do penhor, o credor pignoratício respondia por qualquer perda da coisa empenhada, ainda que houvesse observado todas as suas obrigações contratuais.

29.<sup>a</sup> No Direito germânico antigo eram admitidos vários casos de responsabilidade por fato de outrem, como p.ex. a responsabilidade do patrão, pelos atos do servo e a responsabilidade do artífice pelos seus empregados.

30.<sup>a</sup> Do mesmo modo, em Itália, o Direito bárbaro reconhecia a responsabilidade por fato de outrem, incluindo numerosos casos de responsabilidade objetiva, baseados na mera relação de pertença ou sujeição de uma pessoa a outra, bem como a responsabilidade de uma pessoa que hospedava em sua casa terceiros, respondendo pelos danos que estes causassem, principalmente quando se tratasse de uma pessoa desconhecida ou estrangeira. Era ainda admitida a responsabilidade do mestre pelos atos do aprendiz, na execução da obra que lhe fosse atribuída por aquele.

31.<sup>a</sup> A redescoberta do Direito romano, protagonizada pela Escola dos Glosadores, determinou a redefinição do princípio da culpa e o regresso ao princípio da responsabilidade subjetiva, salvo nos casos da responsabilidade por custódia, que, ao invés, propendia para um caráter essencialmente objetivo.

32.<sup>a</sup> A Escola dos pós-glosadores revela uma forte receção do Direito romano, ao qual se acrescentava a influência canónica. Contudo, a nível da responsabilidade por fato de outrem, Bártolo admitia a imputação a título objetivo, dando como exemplo a responsabilidade dos cobradores de impostos pelos atos cometidos pelos seus funcionários, bem como a responsabilidade dos artesãos pelos atos dos seus aprendizes e a responsabilidade dos pais pelos atos dos seus familiares.

33.<sup>a</sup> Para Domat, sendo a responsabilidade um efeito do próprio contrato, ela estava relacionada com a fatispécie contratual: o critério aplicável era o critério da diligência devida segundo a natureza do contrato e o acordo das partes, sendo a culpa excluída na hipótese de caso fortuito.

34.<sup>a</sup> A responsabilidade por fato de outrem era mencionada por Domat especificamente a respeito do contrato de hotelaria: o proprietário do hotel respondia pelo fato das pessoas da sua família, bem como dos seus domésticos, cometidos no exercício das respectivas funções, sendo que esta responsabilidade dos proprietários de hotel estava inerente à obrigação que eles assumiam e era de interesse público.

35.<sup>a</sup> A mesma responsabilidade existia noutros casos, nomeadamente no caso do transportador, que respondia pelos atos dos seus prepostos e restantes pessoas que utilizasse para o transporte. Bem assim, aqueles que exercessem qualquer tipo de comércio público, por terra ou por mar, pelo qual tivessem acesso a mercadorias de terceiros, como p.ex. estabelecimentos ou bancos.

36.<sup>a</sup> Para Pothier, o devedor que não se encontrasse em mora não responderia pelo caso fortuito, a menos que tivesse assumido essa responsabilidade, nem responderia pelo caso fortuito quando este não resultasse de um comportamento seu culpável precedente. Ao invés, estando em mora, seria já responsável pelos juros e pelos demais danos daí resultantes, entendimento que foi inspiração do modelo plasmado no Código Civil Francês.

37.<sup>a</sup> A nível da *Common Law*, o Direito anglo-saxónico desde cedo consagrou o princípio *qui facit per alium, facit per se*, também conhecido por *respondeat superior*. Esta regra aplicava-se tanto ao patrão, pelos atos dos seus empregados, como ao industrial ou comerciante, pelos atos dos respetivos auxiliares.

38.<sup>a</sup> No final do século XIX, a enorme influência do CCF foi obnubilada com o BGB alemão, que passou a seguir uma lógica substancialmente diversa, inspirada no estudo e desenvolvimento das soluções do Direito romano.

39.<sup>a</sup> Em Portugal a evolução foi similar, assinalando-se, com Menezes Cordeiro, que o *ponto fraco das Ordenações era a responsabilidade civil*, já que nelas não se encontrava uma previsão geral de responsabilidade. Não obstante, continham regras sobre a responsabilidade obrigacional em relação a alguns contratos.

40.<sup>a</sup> As Ordenações Afonsinas admitiam a sublocação, mas nelas não se encontram regras específicas no que concerne à responsabilidade por fato de outrem.

41.<sup>a</sup> As Ordenações Filipinas previam a subprocuração, bem como a subempreitada. Diversamente, não se admitia o subdepósito.

42.<sup>a</sup> A Constituição de 1822 não responsabilizava o Estado pelos danos causados pelos empregados públicos aos cidadãos. Antes pelo contrário, eram estes mesmos os responsáveis pelos danos decorrentes da sua atuação, tendência esta que se manteve inalterada em 1826, em 1838, em 1911 e ainda em 1933.

43.<sup>a</sup> A redação originária da Constituição de 1976 tratava o tema no artigo 21.º, o qual, contrariamente aos textos anteriores, passou a consagrar a responsabilidade civil do Estado, de forma solidária, com os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes, em caso de ato ou omissão ilícita por estes praticada, contanto que no exercício de funções e da qual resultasse violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. Além disso, o artigo 271.º determinava a responsabilidade dos funcionários e agentes.

44.<sup>a</sup> Aquando da elaboração do Código de Seabra, os estudiosos de Direito discutiam a admissibilidade da responsabilidade objetiva. Contudo, neste Código a consagração do *princípio da responsabilidade civil* parece resultar do disposto no artigo 2361.º, ainda que não se fizesse uma referência direta à culpa.

45.<sup>a</sup> No Código de Seabra nota-se a *ausência da consagração da responsabilidade obrigacional por fato de outrem como princípio geral*, ainda que a mesma pudesse já resultar de uma leitura conjugada de vários preceitos, entre os quais os artigos 2380.º, 2398.º e 2399.º, e, no âmbito obrigacional, os artigos 1342.º, 1421.º, 1608.º, n.º 2 do CS, bem como os artigos 377.º e 492.º do CCom, disposições estas que não assumiam carácter excecional.

46.<sup>a</sup> De importância essencial no tema da responsabilidade por fato de outrem era o disposto no artigo 2380.º CS, ainda que no domínio delitual. Este preceito responsabilizava o principal pelos atos do seu preposto, desde que o dano tivesse sido causado pelo comissário no exercício da função.

47.<sup>a</sup> O artigo 2380.º CS não era aplicável ao comissário independente, ao qual se aplicava antes a segunda parte do art. 2393.º CS.

48.<sup>a</sup> O Código de Seabra contemplava consagrações específicas de responsabilidade objetiva e de *responsabilidade subjetiva com presunção de culpa*, de que constituíam exemplos os artigos 2394.º, 2395.º e 2399.º, bem como os artigos 2377.º e 2379.º.

49.<sup>a</sup> Em termos obrigacionais, a culpa era presumida no art. 705.º CS, pelo que competia ao devedor demonstrar que a inexecução resultava de uma causa que lhe era estranha, no sentido de não lhe poder ser imputada. Em princípio, o fato produzido por um terceiro era considerado caso fortuito ou de força maior, conduzindo, por conseguinte, à exoneração do devedor.

50.<sup>a</sup> A doutrina era relativamente unânime em aceitar a responsabilidade do devedor pelos actos de terceiros que com ele cooperassem no cumprimento da obrigação.

51.<sup>a</sup> A nível de contratos especiais, a responsabilidade dos hospedeiros em relação aos seus hóspedes encontrava-se regulada nos artigos 1420.º e 1421.º CS: o albergueiro respondia pelos danos resultantes de furto ou extravio de bagagens, alfaías e demais objetos, bem como por outros danos, causados por criados, serviçais ou qualquer estranho igualmente albergado.

52.<sup>a</sup> Os artigos 1342.º e 1343.º CS regulavam a matéria do substabelecimento do mandato: apesar de a questão não ser pacífica, grande parte da doutrina considerava que o mandatário não se podia fazer substituir, com base no disposto no art. 1342.º CS. Porém, se a substituição houvesse sido autorizada pelo mandante, sem designação de substituto, o mandatário apenas responderia pela *inabilidade* do substituto, a menos que substabelecesse em pessoa indicada pelo mandante, caso em que ficaria liberto de toda a responsabilidade.

53.<sup>a</sup> No âmbito do contrato de transporte, os artigos 1410.º e seguintes do CS estabeleciam que não era necessário demonstrar a existência de culpa do transportador: este respondia, desde que não entregasse a coisa devida no destino e no estado em que a recebera.

54.<sup>a</sup> De acordo com o artigo 1608.º CS, o locatário estava adstrito à guarda de uma coisa, sobre a qual tinha poderes de gozo, razão pela qual ele responderia pelos fatos dos seus familiares que fossem colocados em contato com a coisa. Por conseguinte, o locatário respondia não somente pelos próprios atos, como também pelos atos culposos praticados pelos seus familiares e sublocatários.



55.<sup>a</sup> No Código Comercial, importa destacar:

- a) O art. 377.º, que estabelecia que o transportador responderia pelos seus empregados, pelas mais pessoas que ocupasse no transporte dos objectos, bem como pelos transportadores subsequentes a quem fosse encarregando o transporte;
- b) O art. 492.º, que determinava que o proprietário de um navio era civilmente responsável pelos atos e omissões do capitão e da tripulação, pelas obrigações contraídas pelo capitão relativas ao navio e sua expedição e pelas faltas de pilotos ou prácticos tomados a bordo, ainda que, quanto a esta última, não houvesse responsabilidade quando a admissão do piloto ou práctico fosse ordenada pela lei local.

56.<sup>a</sup> Também o artigo 139.º do Código da Estrada continha uma consagração de responsabilidade objetiva, para a qual bastava a prova da responsabilidade do condutor e da circulação do veículo por vontade do seu proprietário.

57.<sup>a</sup> As partes podiam estabelecer a regulação do valor da indemnização, como a exclusão, total ou parcial, ou o agravamento, da responsabilidade. Contudo, quanto a saber se o devedor poderia excluir a sua responsabilidade pelos atos praticados com dolo ou culpa, leve ou grave, pelos seus empregados e subordinados, Cunha Gonçalves considerava que tal não seria possível. Diversamente, no âmbito do Direito marítimo, era permitida a exclusão de responsabilidade em caso de falta náutica.

58.<sup>a</sup> A partir do século XIX, tanto nos sistemas *Civil Law* como na *Common Law* se registou a evolução de um regime assente na culpa para um regime em que a responsabilidade objetiva passou a ocupar um espaço cada vez maior.

59.<sup>a</sup> O estudo da experiência alemã mostra-se particularmente relevante para o Direito Português, devido à especial inspiração que o Código Civil de 1966 foi buscar ao BGB, o que justifica o especial enfoque dado a este tema no presente estudo.

60.<sup>a</sup> O BGB contempla três normas relevantes em sede de responsabilidade por fato de outrem: os §§ 31, 278 e 831, tratando-se contudo de regimes substancialmente diversos.

61.<sup>a</sup> O § 831 BGB baseia a responsabilidade delitual por fato de outrem numa presunção de culpa do agente, o que contrasta com o modelo objetivo de responsabilidade do devedor constante do § 278 BGB.

62.<sup>a</sup> O § 31 BGB estabelece um regime de responsabilidade das pessoas coletivas pelos danos resultantes da atuação por parte de um órgão, um membro de um órgão ou um outro representante, devidamente nomeado em relação a terceiros, contanto que aqueles tenham atuado no âmbito das funções de que foram incumbidos.

63.<sup>a</sup> Tem sido registada a tendência para o alargamento do âmbito de aplicação do § 31 do BGB, abrangendo não somente os altos cargos (diretores ou outros representantes, de acordo com os estatutos), como também aquelas pessoas que ocupem posições inferiores mas sejam colaboradores da pessoa coletiva, ou seja, executem, de forma autónoma, funções importantes e que para esse efeito tenham sido designadas de acordo com as práticas comerciais ou as regras gerais de funcionamento

64.<sup>a</sup> Deve entender-se que há um dever de organização – *Organisationspflicht* – nos termos do qual as empresas, principalmente as de grande dimensão, devem ser organizadas de forma a que, em último lugar, o cumprimento dos deveres de segurança no tráfego seja controlado por uma pessoa, pela qual responde a própria empresa segundo o § 31 do BGB: caso este *supervisor* não cumpra esta obrigação, pode haver lugar a responsabilidade obrigacional, nos termos do § 278 do BGB.

65.<sup>a</sup> De acordo com o disposto no § 831 BGB, uma pessoa que utiliza outra para desempenhar uma tarefa é responsável, ou melhor, presume-se culpada, em caso de danos causados por esta última a terceiros no exercício de tal tarefa: pressupõe que é necessário que o comissário se encontre numa situação de subordinação em relação ao comitente.

64.<sup>a</sup> A segunda parte da disposição autoriza o principal a exonerar-se da sua responsabilidade se demonstrar a ausência de culpa *in eligendo*, ou ainda se demonstrar que, mesmo que não tivesse tido culpa, os danos teriam igualmente acontecido, por outra causa, conferindo relevância negativa à causa virtual. Trata-se por isso de uma *responsabilidade por fato próprio*.

65.<sup>a</sup> Os problemas do sistema de responsabilidade delitual alemão conduziram a algumas necessidades criativas por parte dos tribunais, através do tendencial alargamento da responsabilidade contratual.

66.<sup>a</sup> Na situação jurídica relativa que une o credor ao devedor, este último responde pela atuação dos seus auxiliares, isto é, pelas pessoas das quais se serve para o cumprimento, de acordo com o disposto no § 278/I do BGB. Por seu turno, o auxiliar, sendo terceiro na relação obrigacional, apenas responde perante o credor em caso de atuação ilícita, em termos delituais.

67.<sup>a</sup> A responsabilidade ao abrigo do § 278 BGB pressupõe que o devedor possa, nos termos da sua obrigação, recorrer a auxiliares. Caso contrário, a sua responsabilidade será subjetiva e por fato próprio.

68.<sup>a</sup> Diferencia-se claramente entre auxiliar e substituto, ao qual se aplica o disposto no § 664 do BGB, em que o devedor responde, mas por culpa própria, na escolha do substituto ou nas instruções dadas.

69.<sup>a</sup> A responsabilidade contemplada no § 278 do BGB consubstancia uma *responsabilidade por garantia*, assente na divisão de trabalho e na ideia de que o devedor beneficia com o recurso ao auxiliar: portanto, a possibilidade de o devedor utilizar terceiros para o cumprimento da sua obrigação é compensada com a imputação de responsabilidade pela introdução de terceiros no cumprimento.

70.<sup>a</sup> O § 278 do BGB aplica-se mesmo que não exista um interesse próprio do devedor na utilização de um terceiro.

71.<sup>a</sup> O § 278 BGB aplica-se sempre que estejamos diante de uma relação obrigacional, independentemente da sua fonte, designadamente quer a obrigação tenha origem contratual ou legal. Irrelevante será ainda que se trate de obrigação de Direito público ou de Direitos reais.

72.<sup>a</sup> Pode estar em causa uma obrigação *de facere*, ou uma omissão. O caso da omissão é especialmente importante a propósito das greves: o devedor, empregador, responde pela omissão dos seus trabalhadores em greve, pelo § 278 BGB, mesmo que esta seja uma greve ilícita.

73.<sup>a</sup> O § 254 BGB, referente à culpa do lesado, determina a sua aplicação à responsabilidade prevista no § 278 BGB.

74.<sup>a</sup> É discutida na doutrina alemã a aplicabilidade do § 278 BGB às relações de vizinhança. Em princípio, a disposição apenas é de aplicar nos casos em que a própria lei qualifica a relação de vizinhança como obrigacional.

75.<sup>a</sup> No âmbito do § 278, o auxiliar pode atuar com subordinação em relação ao devedor, ou com independência deste.

76.<sup>a</sup> Irrelevante é ainda a existência de um vínculo ou relação jurídica específica entre o devedor e o auxiliar. Assim, o auxiliar pode ser um trabalhador do devedor ou um trabalhador de terceiro, assim como pode agir por mero obséquio do devedor. O que é essencial é que o devedor introduza o auxiliar no cumprimento.

77.<sup>a</sup> O devedor só responde pela atuação de notários, tribunais, oficiais de diligência, etc., ao abrigo do § 278 do BGB, quando, excecionalmente, seja devedor da atividade por eles desempenhada.

78.<sup>a</sup> O devedor responde pela atuação do auxiliar, mesmo que este haja atuado com dolo, i.e., com o intuito de causar o dano ao credor.

79.<sup>a</sup> Nos contratos de prestação de serviço médico, a doutrina alemã considera que o essencial será averiguar quem é o devedor da obrigação que foi, concretamente, incumprida: o médico ou o hospital.

80.<sup>a</sup> Verifica-se a tendência para expandir o âmbito de aplicação do § 278 do BGB ao domínio extracontratual, designadamente através da criação e desenvolvimento de deveres acessórios da prestação principal, relativos à segurança e à informação.

81.<sup>a</sup> O § 278 BGB é aplicável em caso de culpa *in contrahendo*. O tema não suscita hoje em dia dúvidas, já que, com a reforma de 2001/2002, o novo § 311 passou a determinar, no seu ponto 2, que uma relação obrigacional também pode surgir a partir da assunção de negociações contratuais ou da preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, concede à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou ainda quando dá azo a contratos semelhantes a negociais.

82.<sup>a</sup> Em princípio, a culpa conjunta do auxiliar e de terceiro não conduz à aplicação do § 254 BGB, equivalente à culpa do lesado.

83.<sup>a</sup> Auxiliar, na aceção do § 278 do BGB, é a pessoa da qual o devedor se serve para o cumprimento da sua obrigação, ou seja, que foi introduzida pelo devedor no cumprimento.

84.<sup>a</sup> Acresce que, se o devedor conhecia e concordava com a introdução de outros auxiliares, ele responde pelo § 278 BGB. Diversamente, se a introdução de auxiliares pelo próprio auxiliar tiver sido efetuada contra a vontade do devedor, há atuação culposa do primeiro auxiliar, respondendo este pela atuação dos demais, mas não pelo § 278 BGB e sim em termos subjetivos.

85.<sup>a</sup> É discutível se o § 278 BGB do BGB tem aplicação quando o auxiliar é uma empresa que tem a seu cargo o monopólio de certa atividade, como os correios e os comboios: se, nos termos acordados, o devedor responde pela entrega da coisa, ele quase sempre terá de recorrer a auxiliares, devendo nessa medida responder pela respetiva atuação. O mesmo se aplica ao recurso a ou instituições de crédito.

86.<sup>a</sup> A maioria da doutrina propende para considerar que o produtor não é auxiliar do vendedor, já que a venda nada tem que ver com a produção, na medida em que acontece num momento anterior ao nascimento da obrigação do vendedor. Logo, os produtores não são auxiliares de cumprimento do vendedor, a menos que este mesmo os tenha introduzido na fase preliminar do contrato.

87.<sup>a</sup> O auxiliar não necessita de conhecer a sua qualidade enquanto auxiliar.

88.<sup>a</sup> Os trabalhadores do senhorio, que realizam atividades no edifício arrendado, são considerados seus auxiliares no âmbito do dever de cuidado que este tem perante os inquilinos.

89.<sup>a</sup> No que diz respeito às partes comuns do edifício, o arrendatário deve ser considerado auxiliar do senhorio em relação a outro arrendatário.

90.<sup>a</sup> Considera-se representante legal, na aceção deste artigo, todo aquele cujo poder de representação decorra da lei. Assim, são considerados representantes legais: os pais, no exercício do seu poder paternal (§§ 1626 e seguintes BGB), os tutores (§§ 1793 e seguintes BGB), o curador (§ 1902 BGB), os cônjuges, no exercício dos seus poderes de administração (§ 1357 BGB), o administrador de bens comuns (§ 1422 e seguintes BGB), o testamenteiro, enquanto representante legal do herdeiro, o administrador de herança, o administrador judicial, o administrador de insolvência e o curador do ausente.

91.<sup>a</sup> A afirmação da lei de que o devedor responde pela atuação do representante legal como responderia por culpa própria não deve ser lida de forma literal ou textual: mesmo quando o devedor seja inimputável, ele responde pela atuação do representante legal, isto é, pela culpa deste, como se de culpa própria se tratasse.

92.<sup>a</sup> A maioria da doutrina alemã tem vindo a defender que o § 278 BGB apenas se aplica se houver uma atuação culposa por parte do auxiliar. Contudo, a questão é de responsabilidade ou imputação do dano, e não propriamente de atuação culposa do auxiliar. Assim, não se deve exigir aqui, em sentido próprio, uma atuação culposa do auxiliar do devedor. O que acontece é que o comportamento do auxiliar é como que projetado na pessoa do devedor, tudo se passando como se tivesse sido o próprio devedor a executar a prestação, aferindo-se a atuação do auxiliar pelos critérios aplicáveis ao devedor. Por conseguinte, o devedor responde, não obstante a eventual inimizabilidade do seu auxiliar.

93.<sup>a</sup> Os critérios de apreciação da culpa são os critérios aplicáveis ao próprio devedor. Porém, supondo que o auxiliar é um especialista na sua área de atividade, o critério para aferir da culpa deverá atender às qualidades especiais do auxiliar.

94.<sup>a</sup> O auxiliar pode atuar contra as instruções do devedor, sem que tal prejudique a aplicação do § 278 BGB: aliás, esta é precisamente uma das situações em que tipicamente se aplica este regime.

95.<sup>a</sup> Regra geral, tem-se considerado que o § 278 BGB não tem aplicação quando os danos sejam causados por ocasião do cumprimento, mas apenas quando o sejam no cumprimento ou na execução da obrigação. De acordo com o entendimento maioritário, o devedor apenas responde quando a atividade do auxiliar apresenta uma conexão interior direta com a tarefa transmitida pelo devedor, não bastando a mera conexão exterior ou cronológica.

96.<sup>a</sup> Alguma doutrina admite a responsabilidade do devedor por certos atos praticados por ocasião do cumprimento, quando este haja facilitado ou criado a oportunidade para a prática dos mesmos.



97.<sup>a</sup> A responsabilização do devedor através do § 278 BGB depende de se verificar a violação de um dever obrigacional do devedor e de o comportamento do auxiliar se situar no âmbito dos deveres do próprio devedor, ainda que o auxiliar possa atuar precisamente contra estes deveres, incumprindo as instruções recebidas.

98.<sup>a</sup> O devedor é responsável pelos danos causados por pessoas que ele tenha, voluntariamente, introduzido no cumprimento, da mesma maneira que também seria se tais danos tivessem sido causados por ele próprio, no âmbito obrigacional.

99.<sup>a</sup> Os Motivos atribuem três justificações à norma contida no § 278 BGB:

- a) O devedor utiliza os terceiros no seu próprio interesse e a seu próprio risco;
- b) O devedor que se obrigou a cumprir a obrigação assumiu o dever de atingir um resultado;
- c) A promessa de realização da prestação contém uma garantia tácita do fato de terceiros que concorrem na execução.

100.<sup>a</sup> Atualmente, são apontadas duas grandes finalidades para o § 278 BGB:

- a) Divisão de trabalho, com base na ideia de intromissão de auxiliares, no próprio interesse do devedor;
- b) Ampliação do círculo de perigos e riscos.

101.<sup>a</sup> Está subjacente ao § 278 do BGB a ideia de uma cobertura de risco, pelo devedor, em relação ao trabalho dos seus auxiliares. Há aqui uma colisão entre dois inocentes: por um lado, o credor, por outro o devedor, sendo que nenhum dos dois agiu culposamente. Ora, se o recurso a auxiliares é suscetível de deteriorar a situação do credor e se é o devedor que retira lucro da utilização destes, deve ser o próprio devedor a suportar este dano, até porque para ele é

mais fácil a prevenção, podendo contratar um seguro para esse efeito, que pode repercutir no preço do serviço prestado.

102.<sup>a</sup> O BGB possibilita ao devedor a limitação da responsabilidade por atos de auxiliares, ainda quando estes sejam dolosos, uma vez que o § 278/II exclui a aplicação do § 276/III . Contudo, esta exclusão de responsabilidade apenas se aplica a contratos individualizados, e não a contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, por força do § 11/8 da AGBG.

103.<sup>a</sup> Porém, a exclusão da responsabilidade não pode ser contrária à ordem pública: para que a cláusula seja válida, a mesma deve observar o disposto no § 138 do BGB.

104.<sup>a</sup> No Direito austríaco, de acordo com o § 1313 ABGB, em princípio, o responsável é a pessoa que causou o dano. Por sua vez, a responsabilidade por fato de outrem do devedor é admitida, podendo ser subjetiva ou objetiva. Será subjetiva quando assenta na culpa do devedor, sendo fundamentada numa de três situações:

- a) Ou o devedor indicou terceiros quando a prestação era infungível;
- b) Ou escolheu um terceiro incapaz;
- c) Ou ainda o devedor não vigiou devidamente o terceiro ao qual recorreu.

105.<sup>a</sup> A nível de responsabilidade obrigacional, o devedor pode exonerar-se se a prestação se tornar impossível, se tal não lhe for imputável, ou seja, por um mero acaso, contanto que se trata de um evento que o devedor não estivesse em condições de evitar.

106.<sup>a</sup> De acordo com o § 1313 a) ABGB, aquele que estiver obrigado diante de um credor, responde perante este pela culpa do seu representante legal ou de outras pessoas que utilize para o cumprimento, como se de culpa própria se tratasse.

107.<sup>a</sup> À semelhança do Direito alemão, o regime é diverso caso se esteja perante auxiliar ou substituto, sendo que este último não se considera auxiliar de cumprimento. Neste caso, o § 1010 ABGB determina apenas a responsabilidade por culpa na escolha.

108.<sup>a</sup> Se uma pessoa, que se encontra a gozar uma coisa alheia, entregar a mesma a um terceiro, com vista a que este a restitua ao credor, e se durante esta tarefa a coisa for danificada ou se perder, o devedor responde pela atuação do terceiro: nesta situação, o devedor responde pelo comportamento de terceiros, e não por culpa própria.

109.<sup>a</sup> No Direito italiano a responsabilidade por fato de outrem começa por ter a sua base na própria Constituição, a nível da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, pela atuação dos seus agentes, funcionários ou dependentes.

110.<sup>a</sup> A responsabilidade do devedor por fato de outrem consta do atual *Codice* de 1942, mas não constava do Código de 1865, pelo menos não em termos de consagração geral. Havia somente disposições isoladas que a referiam:

- d) O artigo 1247.º, referente ao devedor da entrega de coisa certa e determinada;
- e) O artigo 1644.º, referente ao contrato de empreitada;
- f) O artigo 398.º do Código Comercial, nos termos do qual o transportador respondia pelos fatos dos seus dependentes, transportadores sucessivos e qualquer pessoa à qual houvesse confiado a execução do transporte.

111.<sup>a</sup> Ao inves, no domínio delitual, o Código de 1865 estabeleceu diretamente o princípio da responsabilidade do comitente pelos fatos dos seus dependentes. Esclarecia-se que esta responsabilidade não existia caso os progenitores, tutores, preceptores e artesãos não tivessem podido impedir o fato do qual proveio a dita responsabilidade, resultando daqui a natureza subjetiva desta previsão.

112.<sup>a</sup> Apesar da ausência de uma norma genérica que consagrasse a responsabilidade por fato de outrem a nível obrigacional, entendia a doutrina de então que o princípio de responsabilização por fato de outrem resultava do regime de incumprimento constante do *Codice* de 1865, uma vez que o devedor só se poderia eximir caso a inexecução da prestação derivasse de *causa estranha* e que não lhe fosse imputável (artigo 1225.º CCI 1865).

113.<sup>a</sup> O Código Civil Italiano atual regula a matéria da responsabilidade obrigacional por fato de outrem nos seus artigos 1228.º e 1229.º. O devedor é responsável pelas situações de incumprimento da obrigação que resultem de atos de sujeitos diversos do próprio devedor, mas que possam ser considerados terceiros seus auxiliares, porquanto se trata de um risco natural emergente dessa mesma utilização.

114.<sup>a</sup> Alguma doutrina italiana tem vindo a defender que o artigo 1228.º CCI não tem aplicação ao caso em que uma pessoa tem o direito de gozo sobre uma coisa alheia e confere a um terceiro o acesso a essa coisa, o qual vem a causar dano na mesma.

115.<sup>a</sup> A *ratio* do princípio consagrado no artigo 1228.º do CCI assenta na circunstância de o auxiliar não ser um estranho ou terceiro em relação ao devedor, de forma que este não se pode alhear daquele na assunção dos danos causados ao credor. Explica-se pelo fato de ter sido o devedor a introduzir na relação obrigacional a ingerência do auxiliar, numa lógica de substituição da

sua própria ação, justificando-se a assunção da responsabilidade diante do credor.

116.<sup>a</sup> A doutrina italiana tem adotado um conceito muito amplo de auxiliar, prescindindo da natureza da relação entre este e o devedor.

117.<sup>a</sup> O fato do auxiliar tem de ter como efeito: (a) a impossibilidade de cumprimento, definitiva ou temporária; (b) ou a verificação direta de um dano para o credor.

118.<sup>a</sup> O auxiliar pode ser, efetivamente, um representante do devedor, muito embora se saliente que essa possibilidade não esgotará todas as demais

119.<sup>a</sup> A obrigação concretamente incumprida poderá ser a correspondente à prestação principal, bem como uma obrigação emanada da fase preliminar ou pós-contratual ou ainda os deveres de proteção acessórios em relação à obrigação principal.

120.<sup>a</sup> A iniciativa do devedor na introdução do auxiliar é um aspeto essencial da sua responsabilidade.

121.<sup>a</sup> Os auxiliares abrangidos por este dispositivo tanto podem ser dependentes, como autónomos.

122.<sup>a</sup> O devedor responde pelo ato do auxiliar como se fosse o seu próprio ato, donde resulta a necessidade de atuação culposa daquele, que traduza o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação suscetível de causar dano ao credor.

123.<sup>a</sup> O artigo 1229.<sup>o</sup> CCI admite tanto a exclusão como a limitação da responsabilidade do devedor pelos seus auxiliares, exceto em caso de dolo ou culpa grave.

124.<sup>a</sup> A nível delitual, o *Codice Italiano* consagra o princípio da responsabilidade subjetiva, de acordo com os seus artigos 2043.<sup>o</sup> e 2046.<sup>o</sup>. Decorre destes preceitos um princípio geral de responsabilidade civil assente na exigência de culpa: aquele que praticar um ato ilícito, com dolo ou mera culpa, responde pelos danos causados.

125.<sup>a</sup> De acordo com o artigo 2047.<sup>o</sup> CCI, sendo o dano causado por pessoa incapaz, a indemnização é em princípio devida por parte da pessoa que tinha o dever de o vigiar, a menos que esta pessoa elida a presunção de culpa que sobre si impende. Estamos, assim, diante de responsabilidade por fato próprio, assente na falta de discernimento do autor do fato lesante e no dever de vigilância de evitar que essa condição cause prejuízos a outrem.

126.<sup>a</sup> Estabelece o artigo 2048.<sup>o</sup> CCI que os pais, professores e mestres respondem pelos danos causados pelos filhos menores e não emancipados, interditandos e alunos, respetivamente. No entanto, no caso dos professores e mestres, estes podem elidir a presunção de culpa, demonstrando que não podiam ter impedido o fato ilícito.

127.<sup>a</sup> São os seguintes os requisitos de aplicação do artigo 2049.<sup>o</sup> CCI :

- a) Existência de uma relação de comissão, baseada num vínculo de dependência;
- b) Culpa do comissário;
- c) Uma relação de ocasionalidade necessária entre as funções exercidas e o evento que causou o dano.

128.<sup>a</sup> O artigo 2051.º CCI determina que a pessoa que tiver em seu poder a custódia de uma determinada coisa responde pelos danos que esta venha a sofrer, a menos que prove que os mesmos decorreram de caso fortuito.

129.<sup>a</sup> O artigo 1228.º CCI não é aplicável quando haja um regime especial, o que se verifica desde logo no âmbito do transporte marítimo, regulado no Código da Navegação, nos termos do qual:

- a) O artigo 274.º estabelece que o proprietário do navio é responsável pelos fatos da tripulação, bem como pelas obrigações contraídas pelo capitão do navio, no que diz respeito ao navio e transporte;
- b) O artigo 422.º prevê que o transportador marítimo não responde pela culpa náutica dos seus dependentes, podendo ser no entanto responsabilizado caso tenha atuado com culpa na sua seleção;
- c) O artigo 878.º estabelece que o proprietário, ou, de um modo geral, a pessoa que for responsável pela exploração do navio ou da empresa de navegação é responsável pelos atos e omissões da tripulação, bem como pelas obrigações contraídas pelo capitão, em tudo quanto respeite à expedição marítima.

130.<sup>a</sup> De acordo com o artigo 55.º do Código Suíço das Obrigações, o empregador responde pelos danos causados pelos seus trabalhadores e demais auxiliares, na execução dos respetivos trabalhos. Contudo, pode exonerar-se da sua responsabilidade pelos atos dos seus empregados, bem como pode invocar a relevância negativa da causa virtual. A doutrina articula esta disposição com o artigo 101.º, concluindo que a prova liberatória apenas é admitida no domínio delitual, já que a nível obrigacional vigora o artigo 101.º.

131.<sup>a</sup> O artigo 101.º do Código Federal Suíço das Obrigações consagra um regime de responsabilidade objetiva no domínio obrigacional:

- a) O devedor responde perante o credor pela atuação dos seus auxiliares;

- b) A sua responsabilidade é objetiva, i.e., não depende de culpa do próprio devedor;
- c) Para que assim seja, é preciso que o recurso ao auxiliar seja lícito, ou seja, que não constitua uma infração contratual, pois, se assim for, a responsabilidade do devedor existirá a título subjetivo;
- d) O devedor responde apenas pelos danos cometidos pelos auxiliares na execução do respetivo trabalho;
- e) As partes podem excluir, total ou parcialmente, a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares.

132.<sup>a</sup> Para que o art. 101.º CS seja aplicável, é assim necessária a pré-existência de uma relação obrigacional, entre credor e devedor, ainda que possa tratar-se apenas de uma situação pré-contratual.

133.<sup>a</sup> Auxiliar, para efeitos deste preceito, inclui tanto as pessoas pertencentes à família do devedor, ou seja, pessoas da sua casa, numa interpretação ampla, bem como os seus empregados ou domésticos, independentemente de saber se entre eles e o devedor há ou não um nexo de subordinação.

134.<sup>a</sup> A doutrina parece incluir igualmente neste preceito as situações em que um terceiro tem contato com uma coisa sobre a qual o devedor tem direito de gozo, considerando que ambas as situações são equiparadas.

135.<sup>a</sup> O devedor não responde, pelo art. 101.º CS, se um terceiro se imiscuir na obrigação, sem ter para tal sido introduzido pelo próprio devedor.

136.<sup>a</sup> O devedor responde tão-só pelos danos causados no cumprimento da obrigação, e não por aqueles que tenham sido apenas ocasionados por esse cumprimento



137.<sup>a</sup> Em matéria de responsabilidade por fato de outrem, é pioneiro o artigo 1384.<sup>o</sup> do CCF, que contém um regime de responsabilidade por fato de outrem, restrito ao domínio civil. Trata-se de uma responsabilidade com carácter excecional.

138.<sup>a</sup> A doutrina francesa tem vindo a diferenciar três situações abrangidas pelo artigo 1384.<sup>o</sup>, designadamente :

- a) Responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em que se consagra a responsabilidade delitual, com presunção de culpa, dos pais e artesãos, pelos danos causados pelos filhos e aprendizes, respetivamente;
- b) Responsabilidade subjetiva, sem presunção de culpa, relativamente aos professores, pelos danos causados pelos seus alunos;
- c) Responsabilidade objetiva do empresário ou patrão (comitente), por fato dos seus comissários, não se possibilitando ao comitente o afastamento da sua responsabilidade.

139.<sup>a</sup> Da análise do artigo 1384.<sup>o</sup> CCF resulta uma clara bipolaridade nos casos descritos por este dispositivo: por um lado, os pais, os professores e os artesãos só são responsáveis caso tenham culpa, podendo afastar a imputação demonstrando que atuaram sem culpa (alíneas a) e b), supra), enquanto os comitentes não o podem fazer, já que a sua responsabilidade é objetiva (alínea c) supra).

140.<sup>a</sup> O comitente é aquele que emprega outras pessoas, a seu risco e perigo, designadamente através de um contrato de trabalho. Por conseguinte, o comitente, para o ser, tem de ter o poder de dar ordens e instruções ao preposto. Em contrapartida, o empresário não pode ser preposto, na aceção deste artigo.

141.<sup>a</sup> Para além disso, é necessário que o ato do comissário configure um ato ilícito e que seja praticado no exercício das suas funções, não obstante a eventual desobediência às instruções dadas ou abuso de funções.

142.<sup>a</sup> O Código Civil Francês não consagra, em matéria obrigacional, princípio idêntico ao artigo 1384.<sup>o</sup> CCF ou, pelo menos não o faz de modo expresso, levando a algumas dúvidas na doutrina francesa quanto à vigência deste regime no âmbito contratual. Para a maioria da doutrina francesa, o artigo 1384.<sup>o</sup> CCF é inaplicável em matéria obrigacional.

143.<sup>a</sup> Aos olhos da lei francesa, o fato do auxiliar não constitui uma situação de caso fortuito ou de força maior, que permita ao devedor a respetiva exoneração, uma vez que caso fortuito ou de força maior não é apenas aquele que surge sem culpa do devedor, é também todo aquele que surge sem que haja culpa do devedor e que lhe seja exterior, exterioridade esta que emana do disposto nos artigos 1245.<sup>o</sup>, 1042.<sup>o</sup> e 1933.<sup>o</sup> do CCF.

144.<sup>a</sup> O legislador francês não considera que a não realização da prestação por um ato do auxiliar do devedor seja um caso fortuito, pelo que, em consequência disso, continua este a responder pelo incumprimento. Não estamos diante de uma exceção, mas sim da emanação de um princípio geral: a responsabilidade do devedor pelos atos dos seus auxiliares configura uma consequência direta da teoria do caso fortuito e de força maior.

145.<sup>a</sup> O devedor responde quer pelos atos dos auxiliares, quer dos substitutos.

146.<sup>a</sup> O devedor responde apenas pelos atos praticados pelos seus auxiliares no cumprimento da obrigação, e não também por aqueles que sejam ocasionados por esse cumprimento. Por estes, o devedor somente poderá ser, eventualmente, responsabilizado, a título delitual, nos termos do artigo 1384.<sup>o</sup> CCF.

147.<sup>a</sup> Uma exceção parece estar contemplada a respeito do mandato, no artigo 1994.º/2.º CCF, em que o devedor mandatário apenas responde a título subjetivo: o mandatário apenas é chamado a responder, a título obrigacional e subjetivo, e somente quando se verifique a inadmissibilidade da substituição ou culpa *in eligendo*.

148.<sup>a</sup> O transportador responde pelas perdas, avarias e atrasos decorrentes de atos dos seus prepostos e agentes, de acordo com o disposto nos artigos 1782.º a 1784.º CCF.

149.<sup>a</sup> Do mesmo modo, o transportador responde pelas perdas, avarias e atrasos decorrentes de atos dos seus agentes, de acordo com o disposto no Código Comercial Francês.

150.<sup>a</sup> O CCE contém um sistema de responsabilidade civil assente na culpa do agente, quer no âmbito contratual – artigo 1101.º - quer a nível delitual – artigo 1902.º.

151.<sup>a</sup> Enquanto o artigo 1903.º CCE contém um regime geral de responsabilidade extracontratual por fato de outrem, não se encontra uma norma idêntica referente à responsabilidade obrigacional, havendo antes disposições dispersas, a propósito de alguns contratos em especial.

152.<sup>a</sup> O Direito espanhol caracteriza-se por, contrariamente ao modelo francês de responsabilidade por fato de outrem, ser admitida a possibilidade de elisão da presunção de culpa em relação a todos os casos de responsabilidade delitual indireta.

153.<sup>a</sup> O artigo 1903.<sup>o</sup> prevê a responsabilidade delitual, “por fato de outrem”, concretamente atos das pessoas pelas quais o comitente deva responder. Nos termos do preceito, o mesmo aplica-se:

- d) Aos pais, que respondem pelos danos causados pelos filhos que se encontram sob a sua guarda;
- e) Aos tutores, que respondem pelos danos causados pelos menores ou incapazes que se encontram debaixo da sua autoridade e habitem em sua companhia;
- f) Aos proprietários ou diretores de um estabelecimento ou empresa, pelos danos causados pelos dependentes ao seu serviço, no exercício das respectivas funções.

154.<sup>a</sup> O entendimento da maioria da doutrina espanhola é o de que, neste preceito, a imputação é sempre efetuada a título subjetivo, sendo o comitente responsabilizado por uma culpa própria, *in eligendo*, *in vigilando* ou *in instruendo*.

155.<sup>a</sup> O quarto parágrafo do artigo 1903.<sup>o</sup> CCE estabelece que os proprietários ou diretores de um estabelecimento ou empresa são responsáveis pelos prejuízos causados pelos dependentes que se encontram ao seu serviço, nas atividades de que tiverem sido incumbidos, contanto que se trate de danos causados no exercício de tais funções, ou por ocasião das mesmas. São requisitos de aplicação deste artigo os seguintes:

- a) Existência de uma relação de dependência entre o titular do estabelecimento ou empresa e o causante imediato do dano;
- b) Dano causado pelo dependente no exercício ou por ocasião do exercício da sua função.

156.<sup>a</sup> Todavia, a jurisprudência tem vindo a considerar o regime aplicável a certos comissários independentes, em duas hipóteses:

- c) Por culpa própria, por incumprimento do dever de vigilância previsto no artigo 1902.º CCE;
- d) Em caso de dever não delegável: ou seja, sempre que o comissário independente seja incumbido pelo principal da execução de uma atividade em que deva ser este a correr o respetivo risco, devido a se tratar de atividade anormalmente perigosa, que tem riscos específicos, ou situação similar.

Em ambos os casos não se trata, em bom rigor, de responsabilidade por fato de outrem, mas sim de responsabilidade por fato próprio, a título subjetivo.

157.<sup>a</sup> Será suficiente que entre o dano e o exercício da função exista uma relação de ocasionalidade necessária, no sentido de que ao preposto só tenha sido possível o dano por causa daquelas tarefas ou serviços, ou que estas o hajam facilitado consideravelmente., independentemente de o agente ter extravasado os seus poderes ou mesmo causado dolosamente o dano. Contudo, não pode tratar-se de mera coincidência espacial e temporal.

158.<sup>a</sup> Apesar de aparentemente estar em causa um sistema de responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, encontram-se decisões do STE com uma orientação no sentido da qualificação de tal imputação como objetiva. Não obstante, a tendência mais recente do STE parece ir no sentido de o artigo 1903.º CCE contemplar uma presunção de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ainda que seja particularmente difícil ao principal elidir esta presunção, o que normalmente apenas acontece quando o dependente atua fora do âmbito das suas funções.

159.<sup>a</sup> De acordo com o regime instituído no CCE, para que o devedor não seja chamado a responder a título contratual, é necessário que:

- a) O evento seja alheio ao controlo do devedor, bem como dos seus auxiliares;

- b) O evento não pudesse, razoavelmente, ser previsto, ao tempo da contratação;
- c) Se trate de um evento inevitável, atendendo ao critério do bom pai de família.

160.<sup>a</sup> O artigo 1596.º CCE estabelece que, sempre que o devedor contrate um terceiro para o auxiliar no cumprimento, total ou parcial, da sua própria obrigação, ele responde por todo o “incumprimento” que derive da ação deste terceiro, regime que é comum ao contrato de depósito (artigo 1784.º CCE).

161.<sup>a</sup> O regime de responsabilidade por fatos dos auxiliares é aplicável inclusivamente na ausência de contrato, como é o caso da gestão de negócios, por força do disposto no artigo 1890.º CCE.

162.<sup>a</sup> Um segundo grupo de casos em que o CCE prevê a responsabilidade obrigacional por fato de outrem são aqueles em que o devedor legitima a um terceiro o acesso ao bem que é objeto da prestação. No Código Civil Espanhol, esta situação encontra-se regulada nos artigos 498.º (para o usufruto), 1550.º e 1564.º (para o arrendamento) e 1601.º (para o transporte).

163.<sup>a</sup> A doutrina espanhola é da opinião que as partes podem acordar a exoneração ou a limitação da responsabilidade do devedor por atos dolosos de auxiliares, não obstante o disposto no artigo 1102.º CCE. Todavia, em caso de cláusulas contratuais gerais, são nulas todas as cláusulas de exoneração de responsabilidade por dolo, culpa grave, culpa leve própria ou de auxiliares.

164.<sup>a</sup> A *Common law* assenta na regra *qui facit per alium, facit per se* (*respondeat superior*). A responsabilidade baseia-se numa espécie de ficção: a ideia de que o fato do auxiliar é o fato do mestre.

165.<sup>a</sup> A responsabilidade civil assenta no conceito de *tort*, pelo qual uma pessoa ofende um direito absoluto, ou de outra natureza, de outra, donde resulta um dano, ou ainda quando é ofendido um direito de natureza pública, daí resultando um dano substancial para um particular, que se encontrava no âmbito dos interesses tuteladas pelo regime público.

166.<sup>a</sup> Em termos extracontratuais, vigora um sistema de responsabilidade objetiva por fato de outrem, assente na imputação subjetiva ao dependente, que, para esse efeito, deverá ter atuado no exercício da sua função. A esta imputação dá-se a designação frequente de *vicarious liability*, que é um dos princípios legais mais firmemente estabelecidos no Direito da *Common law*.

167.<sup>a</sup> Para a aplicação deste princípio, começou por ser absolutamente essencial a possibilidade de controlo do comissário por parte do comitente (*servants*), sendo que ao *servant* eram equiparados os aprendizes, ainda que apenas para efeitos da responsabilização por fato de outrem.

168.<sup>a</sup> Todavia, quase em simultâneo, a jurisprudência começou por aceitar importantes exceções à responsabilidade pelos atos ou omissões de um subordinado, começando a admitir a responsabilidade extracontratual pelos fatos de contratados independentes, ainda que somente a título excecional.

169.<sup>a</sup> A responsabilidade apenas existe se o ato for praticado *in the course of the employment*, isto é, se estiver em causa o trabalho para o qual o *servant* foi contratado. Contudo, o entendimento deste requisito pela jurisprudência é muito amplo.

170.<sup>a</sup> Para que haja responsabilidade por fato de outrem, é necessário que o terceiro tenha sido introduzido pelo agente. Ou seja, o terceiro tem de ter sido contratado pela pessoa que será, *a posteriori*, responsabilizada.

171.<sup>a</sup> Para além dos trabalhadores subordinados (*servants*) e dos independentes (*independent contractor*), a doutrina anglo-saxónica analisa ainda a aplicação do princípio aos *agents*, isto é, quando uma pessoa é titular de um direito especial, decorrente da lei ou de um contrato, donde resulta que tal pessoa é responsável pois o terceiro é considerado agente.

172.<sup>a</sup> No Direito anglo-saxónico não existe uma preocupação com a verificação ou não de um fato ilícito e culposo por parte do devedor. Ocorrendo, simplesmente, o *breach of contract*, o credor terá direito a exigir a indemnização.

173.<sup>a</sup> Em princípio, *qui facit per alium, facit per se*, ou seja, o patrão responde pelos atos dos seus empregados e auxiliares, numa lógica de *respondeat superior*. A responsabilidade obrigacional por fato de outrem assume particular relevância no caso da obrigação de transporte e no âmbito das relações laborais, no que concerne às obrigações do empregador (*master*) em relação aos trabalhadores (*servants*), porquanto igualmente aqui a lei impõe ao empregador *strict obligations*, isto é, pelas quais este responde ainda que tenha atuado sem culpa.

174.<sup>a</sup> De acordo com a *doctrine of common employment*, os tribunais impuseram aos empregadores certos deveres considerados pessoais e, por conseguinte, não delegáveis, quais fossem o dever de providenciar por uma equipa competente, um local de trabalho e equipamento seguros e um sistema de trabalho seguro. Ocorrendo dano em algum trabalhador, decorrente de falha num destes deveres, o empregador seria responsabilizado, ainda que essa falha fosse consequência de um ato de outro trabalhador ou de um superior hierárquico.



175.<sup>a</sup> O Código Civil Português de 1966 insere-se na linha tradicional da consagração da responsabilidade subjetiva como regime regra. Neste sentido aponta, desde logo, o n.º 2 do artigo 483.º CC, ao estabelecer que os casos em que existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa se encontram especificados na lei.

176.<sup>a</sup> O Código Civil Português contempla um conjunto de disposições em que um dano é suportado por determinada pessoa, sem que haja uma conduta culposa ou censurável da sua parte, os quais se demarcam em face do regime da responsabilidade obrigacional por fato de outrem.

177.<sup>a</sup> Se a prestação se impossibilitar em virtude de atuação de um terceiro, ocorre impossibilidade superveniente e, em consequência disso, a extinção do dever de prestar e a liberação do devedor. Para que tal se verifique é necessário que o devedor não tenha ele mesmo provocado o incidente que deu origem à inexecução da prestação.

178.<sup>a</sup> Com o caso fortuito não se confunde a não realização da prestação decorrente da intervenção de um terceiro ligado ao devedor, que este voluntariamente introduz no esquema obrigacional. Apenas a inexecução da obrigação devido a ato de terceiro estranho à mesma, sendo tal ato imprevisível e inevitável para o devedor, é que é equiparada ao fato fortuito ou de força maior, exonerando o devedor.

179.<sup>a</sup> O devedor terá de responder pelo artigo 800.º se um seu auxiliar causou im dano, apesar de não ter sido concretamente introduzido pelo credor no cumprimento de determinada obrigação, uma vez que a inobservância das instruções recebidas do devedor não o desresponsabiliza.

180.<sup>a</sup> Nas relações entre empregador e trabalhador, o carácter lícito ou não da greve releva para aferir dos efeitos no contrato de trabalho. O mesmo não se verifica na relação da empresa com terceiros: para o terceiro que contratou com o empregador, não releva se a não realização da prestação decorreu de uma greve dos trabalhadores deste, ou de outro motivo qualquer. Logo, aplica-se o art. 800.º do CC, mesmo em caso de greve ilícita.

181.<sup>a</sup> Mesmo que se aceite que os esquemas civilísticos não são inteiramente adequados a solucionar este problema, o certo é que, na ausência de um regime específico, a sua resolução terá necessariamente de passar pela aplicação dos artigos 790.º, 799.º e 800.º do CC. Assim:

- c) A greve no âmbito da empresa, tanto lícita como ilícita, não se enquadra no art. 790.º do CC, pois não se pode falar aqui numa causa estranha ao devedor, nem num evento que o devedor / empregador não pudesse evitar.
- d) Se fosse o devedor a não estar presente, não realizando a prestação, ele teria culpa – que se presume, aliás, pelo art. 799.º/1 do CC.
- e) Diferentemente se passam as coisas em caso de greve geral, pois aqui o devedor não introduz estes trabalhadores no cumprimento da sua obrigação, ou, pelo menos, não o faz em relação aos que não sejam seus trabalhadores. Por isso, se devido a uma greve geral, a prestação não foi realizada, estamos no campo de aplicação do art. 790.º do CC: a causa é estranha ao devedor e este não a podia impedir.

182.<sup>a</sup> As cláusulas de exoneração da responsabilidade do devedor em caso de greve devem em princípio ser consideradas lícitas. A tal não parece obstar desde logo o art. 18.º, alínea c), da LCCG, uma vez que aqui apenas são proibidas as cláusulas pelas quais seja excluída ou limitada a responsabilidade em caso de dolo ou culpa grave, nem o art. 18.º, alínea d), da LCCG, porquanto aqui apenas se proíbe a cláusula em caso de dolo ou culpa grave do representante ou auxiliar do devedor.

183.<sup>a</sup> O DCFR 2009 prevê que, tratando-se de incumprimento de obrigação proveniente de outra fonte, que não o ato jurídico, aquele é desculpável quando ocorra um impedimento que escape ao controlo do devedor e cuja verificação e consequências seja inevitável e insuperável. Se o incumprimento for referente a um negócio jurídico, é ainda preciso que a possibilidade de surgimento de tal impedimento não pudesse, razoavelmente, ter sido representada pelo devedor no momento em que se vinculou.

184.<sup>a</sup> A responsabilidade do devedor ao abrigo do art. 800.º não se confunde com a assunção, pelo devedor, da responsabilidade pelo fato de outrem: o devedor pode, no exercício da sua autonomia privada, assumir a responsabilidade pelos atos de não auxiliares.

185.<sup>a</sup> De igual modo, não se confunde com a assunção de dívida: neste caso, a responsabilidade é obrigacional mas decorre da assunção, pelo próprio assuntor, que passa assim a responder ele mesmo pela dívida, como devedor.

186.<sup>a</sup> Não há também confusão entre o art. 800.º e o contrato para pessoa a nomear: aqui, se o nomeado aceitar a nomeação, substitui um dos contraentes originários. Trata-se de um contrato com sujeito alternativo, não havendo transferência nem substituição entre sujeitos, contrariamente ao art. 800.º/1 do CC, que pressupõe que o devedor se mantenha nessa posição jurídica durante a atuação do auxiliar.

187.<sup>a</sup> Para que de responsabilidade do devedor por ato dos seus auxiliares se possa falar na aceção do artigo 800.º/1 do CC, é essencial que o recurso à ação de terceiros se mostre lícito, em função da obrigação existente. Com efeito, se o devedor não puder, lícitamente, introduzir terceiros na execução da prestação, tal circunstância constituirá responsabilidade obrigacional direta e subjetiva, por infração do devedor ao conteúdo obrigacional

188.<sup>a</sup> A natureza infungível da obrigação apenas será relevante no caso de recurso a um substituto. Ao invés, mesmo sendo infungível a obrigação, o devedor pode recorrer a auxiliares de cumprimento ou a colaboradores, a menos que tal seja contrário à natureza da obrigação ou à convenção das partes.

189.<sup>a</sup> Com o recurso ilícito à ação de terceiros não se confunde o caso de intromissão do terceiro na obrigação, independentemente de o terceiro o fazer com consciência de tal, ou em erro, situação que poderá conduzir à aplicação dos artigos 477.º ou 478.º do CC. Aqui falta um dos seus pressupostos fundamentais do art. 800.º: a introdução voluntária do terceiro no cumprimento por iniciativa do devedor.

190.<sup>a</sup> Se, apesar de a obrigação ser infungível, o credor aceitar a prestação oferecida pelo terceiro, ainda assim não será de aplicar o art. 800.º/1 do CC. O devedor não responde pela atuação do substituto que não tenha sido introduzido voluntariamente no cumprimento duma obrigação infungível, ainda que o credor tenha aceite a realização da prestação pelo substituto.

191.<sup>a</sup> A responsabilidade do devedor por fato de outrem não se confunde com a responsabilidade da pessoa coletiva pelos atos dos seus representantes “legais”. Com efeito, a previsão do artigo 165.º CC corresponde a uma responsabilidade direta, e não uma responsabilidade indireta, pelos atos dos representantes, voluntários ou legais da pessoa coletiva, justificando-se por isso a remissão para o art. 500.º CC.

192.<sup>a</sup> O devedor, pessoa coletiva, responde pelos atos dos seus órgãos, que se consideram atos próprios, com base na representação orgânica (entre nós, o artigo 165.º CC), e, bem assim, responde pelos atos dos terceiros que os seus órgãos venham a designar, como auxiliares de cumprimento, nos termos do artigo 800.º CC.

193.<sup>a</sup> O art. 79.º do CSC consagra uma situação de responsabilidade por fato próprio. Havendo responsabilidade dos administradores, a sociedade também responde, sendo esta já uma responsabilidade objetiva por fato de outrem, como decorre do artigo 6.º/5 do CSC.

194.<sup>a</sup> O artigo 800.º CC constitui um desvio à regra de que a responsabilidade do devedor assenta na culpa, pelo que, quando haja culpa do devedor, não é esta a norma cuja aplicação deve ser suscitada. Aqui trata-se de uma responsabilidade por fato próprio, alheia, portanto, à ação do auxiliar.

195.<sup>a</sup> O obrigado à vigilância pode recorrer a auxiliares para o cumprimento do seu dever. Nesse caso, nada obsta à aplicação, conjunta, dos artigos 491.º e 800.º/1 do CC, de forma a responsabilizar o obrigado à vigilância pela atuação culposa dos seus auxiliares.

196.<sup>a</sup> Caso a pessoa obrigada por lei ou por negócio jurídico recorra a auxiliares no cumprimento dos seus deveres, nomeadamente quanto à construção ou à conservação da obra, aplicar-se-á igualmente a presunção de culpa constante deste artigo 492.º, em conjugação com o artigo 800.º/1 do CC.

197.<sup>a</sup> No contrato de depósito, é necessário diferenciar: uma coisa é o recurso a auxiliares, tal como previsto no art. 1198.º, caso em que tem plena aplicação o art. 800.º/1 do CC; situação diversa é a prevista no art. 1197.º CC, uma vez que aqui ocorre uma substituição da pessoa do devedor por terceiro, razão pela qual aquele pode apenas ser chamado a responder por culpa própria, concretamente culpa *in eligendo*.

198.<sup>a</sup> Por via de regra, a obrigação é fungível, podendo o devedor fazer-se substituir por terceiros no cumprimento – artigo 767.º CC. No entanto, a aplicação do artigo 800.º exige que seja o devedor a realizar a prestação, com recurso a auxiliares, tanto do ponto de vista material, como jurídico, o que pode ocorrer quer nas prestações fungíveis, quer nas infungíveis.

199.<sup>a</sup> Em contrapartida, o terceiro que realiza a prestação responde pelos seus próprios auxiliares de cumprimento. No entanto, tal não pode decorrer de uma aplicação direta do art. 800.º/1 do CC, uma vez que o terceiro, por definição, não é devedor e, por outro lado, também não foi introduzido pelo devedor. Nesta hipótese, deve optar-se por aplicar o art. 800.º/1 CC, por interpretação extensiva ou analogia, porquanto:

- a) O terceiro que, voluntariamente, se imiscui na obrigação alheia, atua como se fosse o devedor;
- b) Por isso, o interesse que aqui pode, eventualmente, ser violado, é o interesse do credor, o direito de crédito enquanto tal;
- c) Pelo que não está em causa a violação de um direito absoluto, não se encontrando justificação para o recurso ao art. 500.º;
- d) Em contrapartida, apesar da ausência de uma relação obrigacional entre o credor e o terceiro, a verdade é que existe aqui atuação da autonomia privada: por um lado, a atuação voluntária do terceiro, que oferece uma prestação que não deve ao credor; e, por outro, a atuação do próprio credor, que recebe essa mesma prestação;
- e) Por esta razão, a atuação voluntária do terceiro e do credor tem de ter consequências no âmbito obrigacional: sendo certo que o terceiro não fica, por este meio, obrigado a cumprir, também é verdade que o fato de o fazer com a concordância do credor tem de ter uma consequência similar à que teria se tal obrigação existisse;
- f) Razão pela qual nos parece que, na ausência de uma norma expressa nesse sentido, se justifica plenamente aplicar, por analogia, o art. 800.º

a tal caso, responsabilizando o terceiro pela atuação dos seus auxiliares;

- g) Um argumento adicional pode ser obtido com base na evolução histórica e no Direito comparado: mesmo na ausência de uma norma expressa, a doutrina sempre foi unânime em considerar o devedor responsável pela atuação dos seus auxiliares de cumprimento; do mesmo modo, deve tal raciocínio aplicar-se a um terceiro que, voluntariamente, se imiscui no cumprimento de obrigação alheia.

200.<sup>a</sup> Em princípio, o devedor responde pelos auxiliares, mas não necessariamente pelas coisas ou máquinas que se encontram sob o seu domínio. A questão de saber se a responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares pode ser aplicada, diretamente ou por analogia, aos casos em que o devedor utiliza, para a execução da prestação, máquinas, engenhos ou qualquer componente tecnológico deve receber uma resposta negativa.

201.<sup>a</sup> O devedor pode no entanto responder, por culpa própria, se o próprio devedor ou um dos seus auxiliares tiver escolhido mal a máquina, ou se a tiver utilizado incorretamente, ou ainda se a não tiver mantido em boas condições, nos termos dos artigos 798.º e 799.º CC.

202.<sup>a</sup> Diversamente, se a falha da máquina constituir um caso fortuito, poderá eventualmente ser acionada a responsabilidade do produtor, a nível delitual. Contudo, não haverá, em princípio, responsabilidade obrigacional do devedor, nem será de aplicar, no caso português, o art. 800.º/1 do CC. Assim, o devedor não deverá responder pelas falhas mecânicas que não resultem de uma falha humana, exceto se uma disposição legal lhe impuser esse risco, a título de responsabilidade objetiva.

203.<sup>a</sup> Supondo que as partes convencionaram determinados critérios para a escolha do auxiliar, os quais não foram observados pelo devedor, trata-se de responsabilidade por fato próprio deste, por incumprimento do contrato, nos termos do artigo 798.º do CC.

204.<sup>a</sup> A situação prevista no artigo 800.º/1 do CC também não se confunde com a promessa de fato de terceiro. Aqui o devedor responde quando não tiver realizado a conduta a que ele próprio se obrigou, no sentido de provocar a atuação do terceiro, tratando-se também de responsabilidade por fato próprio.

205.<sup>a</sup> Nada obsta a que as partes convencionem a responsabilidade do devedor mesmo no caso em que o auxiliar não atue culposamente. Porém, aqui a responsabilidade é convencional e não legal, tendo como fonte a obrigação assumida voluntariamente pelo devedor, que extravasa a garantia legal.

206.<sup>a</sup> Em princípio, o devedor não responde, ao abrigo do artigo 800.º/1 do CC, pelas falhas do produtor. A principal razão para o afastamento da aplicação do regime da responsabilidade do devedor por fato de outrem consiste na anterioridade temporal da atividade deste terceiro.

207.<sup>a</sup> A responsabilidade do produtor é, em Portugal, regulada pelo DL n.º 383/89, de 6 de novembro, modificado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, onde é consagrada a responsabilidade (delitual) deste pelos danos causados pelos defeitos dos produtos que coloca em circulação, independentemente de culpa.



208.<sup>a</sup> Relevantes neste tema são também os DL n.ºs 67/2003, de 8 de abril e 133/2009, de 2 de junho, que surgiram na sequência da Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio, sobre a venda de bens de consumo. Contudo, aqui trata-se de responsabilidade direta do produtor, no âmbito de certos contratos de consumo.

209.<sup>a</sup> A Diretiva 1999/44/CE não consagrou a responsabilidade (direta) do produtor perante o consumidor em caso de defeito da coisa, admitindo somente a responsabilização deste por meio do direito de regresso. Diferentemente, o art. 6.º do DL 67/2003, que transpõe esta Diretiva, consagra a responsabilidade direta do produtor. Pese embora se trate de responsabilidade a título objetivo, também aqui estamos diante de responsabilidade extracontratual.

210.<sup>a</sup> O legislador português aumentou o nível de proteção do consumidor, ao estabelecer a responsabilidade direta, também do produtor. Esta técnica é exatamente inversa à que encontramos no artigo 800.º, n.º 1, do CC: em vez de responsabilizar o vendedor por atos de terceiros, são os próprios terceiros, diretamente, responsabilizados.

211.<sup>a</sup> A responsabilidade do financiador perante o consumidor, em caso de crédito ao consumo, encontra-se consagrada na Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril, transposta pelo DL n.º 133/2009, de 2 de junho. Esta situação não se confunde com a prevista no artigo 800.º/1 do CC, em que o terceiro, sendo introduzido no cumprimento pelo devedor, atua no âmbito da obrigação deste mesmo.

212.<sup>a</sup> Caso o terceiro intervenha na realização da prestação por iniciativa do credor ou tiver sido por ele escolhido e, na sequência disso, ocorrer a inexecução da prestação, não é aplicável o artigo 800.º/1 do CC, havendo antes uma situação equiparável à mora do credor.

213.<sup>a</sup> Contrariamente ao incumprimento do devedor, o artigo 813.º CC não requer, para a mora do credor, a culpa deste. Basta, ao invés, que o credor não aceite a prestação devida ou não realize os actos necessários ao cumprimento, sem que haja justificação para tal. O credor deverá considerar-se em mora, ainda que a falta de colaboração ou a recusa injustificada da prestação provenha de um seu auxiliar de cumprimento, i.e., independentemente de culpa do próprio credor.

214.<sup>a</sup> A responsabilidade obrigacional por fato de outrem diferencia-se da pluralidade de devedores porquanto nesta o credor pode exigir a realização da prestação de qualquer um dos obrigados. Ao invés, no âmbito do artigo 800.º/1 do CC, apenas o devedor pode ser chamado a responder pelo credor: a prestação pode ser exigida ao auxiliar, que não assumiu a obrigação.

215.<sup>a</sup> Não obstante, o artigo 520.º aproxima-se do artigo 800.º, porquanto imputa aos demais co-devedores solidários a atuação culposa de um dos seus consortes. Apesar disso, mesmo neste caso, o consorte não se considera auxiliar de cumprimento dos restantes co-devedores, ainda que a responsabilização dos co-devedores seja similar à responsabilização do devedor pela atuação do seu auxiliar de cumprimento.

216.<sup>a</sup> Situação diversa é ainda a da pluralidade de empregadores, figura atualmente consagrada no artigo 101.º do CT. Aqui, os empregadores não são auxiliares de cumprimento uns em relação aos outros: ao invés, o trabalhador tem um vínculo laboral com cada um dos empregadores. Todavia, a lei determina que um dos empregadores deverá representar os demais, no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho – art. 101.º/2/c) do CT. Neste caso, aquele que for o representante poderá, nessa qualidade, ser auxiliar de cumprimento dos restantes, representados.

217.<sup>a</sup> A obrigação indeterminada, mas determinável, pode ser objeto de concretização por terceiro, nos termos do artigo 400.º/1 do CC. Este terceiro não se considera, no entanto, como auxiliar do devedor: trata-se apenas de alguém que intervém na escolha da prestação, o qual deve atuar de acordo com juízos de equidade.

218.<sup>a</sup> Quando o credor assim o tenha autorizado, a prestação pode ser realizada a terceiro, situação que não se confunde com a responsabilidade do devedor pelos seus auxiliares. Neste caso, o terceiro não realiza a prestação devida pelo devedor, antes pelo contrário, ele recebe essa mesma prestação, no lugar do credor e por indicação deste. O mesmo se diga sempre que se verifique um dos casos previstos no artigo 770.º do CC, em que a obrigação não se extingue, podendo o autor da prestação exigir a restituição do que prestou, salvo nos casos em que a lei admite a extinção da obrigação.

219.<sup>a</sup> O disposto no art. 800.º não se confunde com a situação em que a não realização ou a realização incorreta da prestação causa danos a terceiros, os quais apenas podem pedir o seu ressarcimento caso se verifique um delito (cf. artigo 483.º/1 CC).

220.<sup>a</sup> A responsabilidade *del credere* configura uma forma de de garantia pela atuação de outrem. Encontra-se prevista nalguns casos pelo Direito português, mas não se confunde com a imputação do comportamento dos auxiliares ao devedor, nos termos do artigo 800.º/1 do CC, precisamente porque neste caso a assunção de responsabilidade é em relação ao comportamento de um terceiro, não auxiliar do devedor.

221.<sup>a</sup> Também não se confunde com o auxiliar a situação da sub-rogação, em que o credor se substitui ao devedor no exercício de um direito que a este compete, tal como previsto no artigo 606.º do CC. Na sub-rogação, o credor exerce um direito de que o devedor é titular, mas não atua como auxiliar do devedor nem se pode dizer que a sua intervenção decorra de iniciativa voluntária do devedor. Pelo contrário, o credor atua com vista à satisfação do seu próprio interesse.

222.<sup>a</sup> É de diferenciar o regime do artigo 800.º/1 em face do artigo 807.º, ainda que se verifique alguma similitude entre os dois regimes, que reside na circunstância de também aqui o devedor ser chamado a responder por um prejuízo que, diretamente, não causou. No entanto, não se trata de uma responsabilidade por fato de outrem mas antes de presunção de existência de um nexo de causalidade entre a mora e a perda ou deterioração da coisa. Assim, no artigo 807.º, o devedor responde por quaisquer fatos, incluindo de terceiros, mas sendo que terceiros podem não ter sido chamados a agir por iniciativa do devedor. Além disso, responde por qualquer outro fato que origine a perda ou deterioração da coisa, ou seja, responde também pelo caso fortuito ou de força maior.

223.<sup>a</sup> A responsabilidade obrigacional do devedor por fato de outrem não se confunde igualmente com os casos em que ocorre uma modificação da pessoa que ocupa a posição jurídica de devedor na relação obrigacional, designadamente através de cessão da posição contratual, assunção de dívida com liberação do devedor originário. Com efeito, um dos pressupostos de aplicação deste artigo reside, precisamente, na circunstância de o devedor continuar a deter esta qualidade e de o auxiliar a não ter, o que não se verifica naquelas outras situações.

224.<sup>a</sup> O art. 1044.º do CC consagra um princípio próximo da responsabilidade do devedor por atos dos seus auxiliares de cumprimento e representantes legais, mas não se confunde com este uma vez que:

- a) Não está em causa o cumprimento duma obrigação;
- b) O terceiro não é introduzido pelo devedor no cumprimento, precisamente porque inexistente qualquer obrigação;
- c) Trata-se do exercício de um direito, ou, de um modo geral, de uma situação em que uma pessoa tem na sua detenção a posse de uma coisa alheia, com o poder de a gozar;
- d) O terceiro tem a possibilidade de aceder à coisa, por vontade do devedor;
- e) O dano ocorre no âmbito desse acesso.

225.<sup>a</sup> Por terceiro a quem tenha permitido a utilização da coisa deve entender-se, em termos amplos, não apenas os familiares do locatário, mas toda e qualquer pessoa a quem este faculte o acesso ao objeto locado.

226.<sup>a</sup> Embora previsto especificamente a propósito da locação, parece que o regime constante do art. 1044.º CC é aplicável aos demais casos em que o detentor da coisa alheia seja atingido por deveres de protecção respeitantes à sua guarda e conservação.

227.<sup>a</sup> O artigo 1050.º CC aproxima-se do artigo 800.º/1 do CC, uma vez que estende a terceiros o âmbito das obrigações do senhorio, tal como o artigo 800.º estende ao terceiro auxiliar a atuação que seria imposta ao próprio devedor, se tivesse sido ele mesmo a atuar. Por outro lado, o artigo 1050.º CC não requer a culpa do locador. Apesar de algumas semelhanças, a situação é diversa:

- a) No art. 1050.º, o locador pode sofrer as consequências da atuação de um auxiliar, bem como de um outro qualquer fato, resultante de ação de terceiro ou mesmo de um fato fortuito, ao qual seja totalmente alheio;

- b) Neste caso, o dano não se verifica necessariamente no âmbito do cumprimento das obrigações do locador: pode ser que assim seja, quando o locador atribua, p.ex., a um terceiro, a execução de um dever que lhe compete (por hipótese, quando contrata uma empresa para realizar uma obra na casa locada). No entanto, o preceito aplica-se a casos em que tal não sucede.

228.<sup>a</sup> Ao contrário do que se verifica no art. 800.º, o art. 1136.º/2 do CC contempla um caso de imputação direta, i.e., por fato próprio: o comodatário responde porque incumpriu o contrato, ao facultar a terceiro o gozo da coisa, ou ao aplicar a coisa a fim diverso daquele que a mesma se destina.

229.<sup>a</sup> O art. 1444.º CC contém um regime de responsabilidade objetiva por fato de outrem, o qual no entanto difere do previsto no artigo 800.º/1 CC uma vez que aqui se prevê a responsabilidade pela atuação do substituto jurídico, e não do auxiliar de cumprimento.

230.<sup>a</sup> Relevante mostra-se ainda a diferenciação face ao regime da responsabilidade do Estado pela atuação dos seus órgãos, agentes e representantes, que se encontra consagrado no artigo 22.º da Constituição e consubstancia uma garantia institucional, sendo um dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático.

231.<sup>a</sup> O Estado responderá quer se trate de ato de gestão pública ou de gestão privada, sendo este um princípio geral de responsabilidade. No entanto, quanto aos atos de gestão privada, é de aplicar o art. 501.º do CC, que retoma o regime do art. 165.º CC, aplicável às pessoas coletivas.

232.<sup>a</sup> A doutrina propende a não admitir a validade de cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade do Estado, na medida em que apenas a lei, respeitando o artigo 18.º da Constituição, poderá realizar esta limitação.

233.<sup>a</sup> Inicialmente e durante muito tempo a responsabilidade do Estado por atos de gestão pública esteve regulada no DL n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967. Atualmente, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho), estabelece o regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e pessoas coletivas de Direito Público, sem prejuízo dos regimes especiais de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa. Este diploma regula a responsabilidade extracontratual do Estado por danos resultantes do exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa.

234.<sup>a</sup> Já o artigo 501.º do CC estabelece a responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas quando haja danos causados a terceiros pelos seus órgãos, agentes ou representantes, no exercício de atividades de gestão privada, contendo uma remissão para o regime do artigo 500.º do CC. Trata-se dos atos desprovidos de *ius imperii*, isto é, aqueles que não sejam praticados no exercício de uma função de interesse público, submetida a um regime de direito público no âmbito da Administração Pública. Por força da remissão será exigido o preenchimento dos requisitos da responsabilidade do comitente, nomeadamente: a) a existência de uma relação de comissão; b) o órgão, agente ou representante deve ter atuado no exercício da função; c) o dano deve ser-lhe imputável.

235.<sup>a</sup> O artigo 502.º CC contempla uma imputação por responsabilidade objetiva, sendo nesse ponto similar ao artigo 800.º. Contudo, dele se diferencia, atendendo a que se trata de responsabilidade delitual e por não estar em causa a atuação de um auxiliar, i.e., de uma pessoa, mas o dano causado por um animal.

236.<sup>a</sup> Igual afirmação vale para o disposto no artigo 503.º, referente à responsabilidade pelos danos causados por veículos, bem como para o artigo 509.º CC: trata-se de imputação delitual, decorrente da utilização de coisas, com especiais riscos para terceiros.

237.<sup>a</sup> A responsabilidade, por fato lícito, daquele que atua em estado de necessidade, ao abrigo do artigo 339.º/2 CC, difere da prevista no artigo 800.º CC, quer porque aqui se está diante de responsabilidade delitual, quer porque a atuação em estado de necessidade consubstancia um ato lícito.

238.<sup>a</sup> A responsabilidade do gestor prevista no artigo 466.º do CC, pelos danos a que der causa por culpa sua, bem como por aqueles que causar com a injustificada interrupção, pressupõem a respetiva responsabilidade obrigacional, dando plena justificação à aplicação do art. 800.º/1 CC.

239.<sup>a</sup> Por fim, a responsabilidade do devedor prevista no artigo 800.º/1 não se confunde com o regime do artigo 490.º de participação no ato ilícito, já que o devedor atua lícitamente, contrariamente ao pressuposto de aplicação deste outro artigo. Além disso, no artigo 800.º, não há responsabilização do terceiro, pelo menos a título obrigacional.

240.<sup>a</sup> O artigo 800.º CC é inspirado pelo § 278 BGB, bem como pelo artigo 101.º do CCS e pelos artigos 1228.º e 1229.º CCI. O regime constante do CC 1966 consolida o entendimento já pacífico na doutrina a respeito deste tema, apesar da ausência de uma norma expressa no Código de Seabra, ou seja, de que o devedor responde pela atuação dos seus auxiliares no cumprimento da sua obrigação.



241.<sup>a</sup> O primeiro pressuposto de aplicação do artigo 800.º, n.º 1, do CC reside na existência prévia de uma obrigação , independentemente da sua fonte. No entanto, é irrelevante o conteúdo da obrigação. Pode tratar-se de uma obrigação *de facere*, de *non facere* ou *de pati*, podendo em qualquer caso dar origem à responsabilidade por fato de outrem. O devedor responde ainda tanto por uma ação, como por uma omissão de um seu representante legal ou auxiliar.

242.<sup>a</sup> O artigo 800.º, n.º 1 tem igualmente aplicação aos casos de culpa *in contrahendo*, quando a intervenção do terceiro consubstancie violação dos deveres impostos pelo princípio da boa fé às partes, desde que o devedor tenha incumbido o terceiro de o auxiliar na tarefa das negociações, quer do ponto de vista material, quer através da concessão de poderes de representação.

243.<sup>a</sup> A obrigação deve ser do próprio devedor, e não do terceiro. Por isso, não são auxiliares, nem se aplica este regime, em relação às pessoas que cumprem uma obrigação própria perante o devedor ou o credor.

244.<sup>a</sup> Não é necessário que entre o devedor e o terceiro exista uma relação obrigacional. Na maioria das vezes, existe um contrato entre ambos mas tal não se mostra essencial à aplicação deste dispositivo. Assim, o terceiro pode agir com base:

- a) Numa relação obrigacional que o vincula ao devedor;
- b) Por motivo de cortesia;
- c) Numa atuação própria espontânea de um terceiro, que recorre a um auxiliar;
- d) Em determinadas relações jurídicas de tipo para-obrigacional, como p.ex. nas relações entre condóminos, comproprietários, achador do tesouro e proprietário, relações de vizinhança, etc..

A relação entre estes sujeitos pode ser ainda duradoura ou transitória.

245.<sup>a</sup> Não é igualmente necessário:

- a) Que o auxiliar conheça a sua qualidade de auxiliar, a menos que tal seja importante para a execução da obrigação;
- b) Que o devedor forneça ao auxiliar os meios para que este realize a sua tarefa.

246.<sup>a</sup> O conceito de representante legal contido no art. 800.º/1 do CC não se identifica com o conceito de representante legal de incapaz, assumindo antes uma formulação mais ampla. É representante legal para efeitos do art. 800.º/1 do CC aquele que, sem intervenção da vontade do devedor, tem poderes para agir em nome deste.

247.<sup>a</sup> O poder de representação atribuído ao representante legal não inclui, naturalmente, o poder de praticar atos ilícitos. Não obstante, ainda assim, o devedor será responsabilizado pela sua atuação.

248.<sup>a</sup> São representantes legais, na aceção do artigo 800.º/1 CC, os pais e os tutores. Contudo, este conceito tem um âmbito mais abrangente, que inclui, pelo menos para alguma doutrina, a representação do cônjuge e, bem assim, os administradores legais de bens alheios.

249.<sup>a</sup> A decretação da insolvência implica a transferência dos poderes de disposição e de administração dos bens da massa do insolvente para o administrador de insolvência. Do n.º 2 do art. 55.º do CIRE resulta a pessoalidade e intransmissibilidade, como características basilares do cargo de administrador de insolvência.

250.<sup>a</sup> O administrador pode por sua vez recorrer a auxiliares (art. 55.º/3 CIRE). Se tal acontecer, ele responde, em termos próximos ao art. 800.º/1 do CC, nos termos do art. 59.º/3 do CIRE, pelos danos causados por atos e omissões dos seus auxiliares. Contudo, não estamos aqui perante uma previsão de

responsabilidade objetiva, por fato de outrem, mas antes por responsabilidade por fato próprio, com presunção de culpa, como resulta da parte final deste preceito, onde, para além de se permitir o afastamento da presunção, é atribuída relevância negativa à causa virtual, solução que se mostra criticável.

251.<sup>a</sup> O administrador de insolvência não atua com base na vontade do devedor e não é, em bom rigor, representante legal do devedor. É designado pelo tribunal, ainda que com audição do devedor e / ou dos credores, sendo a sua atuação fiscalizada pelo tribunal. Em todo o caso, atua com base numa norma legal. No entanto, o conceito de representante legal contemplado no n.º 1 do art. 800.º do CC deve incluir todos aqueles que, independentemente da vontade do próprio, têm a possibilidade de atuar sobre obrigações alheias. Portanto, serão representantes legais, na acepção ampla do art. 800.º/1, tanto o administrador de insolvência, como o administrador de bens penhorados

252.<sup>a</sup> Nem todos os auxiliares em termos amplos, podem ser considerados auxiliares de cumprimento, para efeitos do artigo 800.º/1 CC. É auxiliar de cumprimento um terceiro que intervém na realização da prestação por vontade do devedor. A introdução do auxiliar assente numa atuação voluntária do devedor constitui, por isso, elemento essencial da aplicação do art. 800.º/1 CC. A utilização de auxiliares decorre da liberdade de atuação do devedor: cabe a este definir o modo de atingir o fim a que se obrigou, ou seja, a forma como vai realizar a prestação.

253.<sup>a</sup> No conceito de auxiliar deve igualmente abranger-se as pessoas que convivam com o devedor e das quais este se sirva para executar a prestação. Aqui se incluem os membros da sua família, bem como quaisquer hóspedes ou visitas, contanto que haja sido o próprio devedor a introduzi-los no cumprimento da obrigação.

254.<sup>a</sup> Não é essencial que se demonstre, em concreto, qual o auxiliar concretamente culpado, bastando provar que houve culpa de um qualquer auxiliar.

255.<sup>a</sup> A vontade do devedor pode ser inicial, ou subsequente, bem como expressa ou tácita.

256.<sup>a</sup> O gestor de negócios em gestão representativa será considerado auxiliar, desde que o dominus ratifique a gestão. Porém, não é auxiliar o gestor na gestão não representativa, nem na gestão representativa não ratificada.

257.<sup>a</sup> O devedor responde, através do art. 800.º/1 do CC, pelos seus auxiliares, ainda que estes não tenham sido por ele introduzidos no cumprimento da obrigação concretamente incumprida, porquanto a inobservância das instruções do devedor constitui, ainda assim, um risco abrangido por este normativo. No artigo 800.º CC o risco de inobservância das ordens ou instruções do principal é um risco típico, pelo qual deverá ser o próprio devedor a responder, e não o credor.

258.<sup>a</sup> O auxiliar é, por definição, um terceiro: para que possa ser qualificado como auxiliar, não pode adquirir a posição de parte na relação obrigacional.

259.<sup>a</sup> A situação prevista no artigo 444.º, n.º 1, parece caber no artigo 800.º, n.º 1. Aqui, o terceiro promete ao devedor liberá-lo da sua obrigação, pelo que de fato se pode entender que o devedor o utiliza no cumprimento. Além disso, como o acordo é estabelecido entre o devedor e o terceiro, o credor não é um beneficiário direto, não podendo exigir responsabilidades ao terceiro mas somente ao devedor.

260.<sup>a</sup> O auxiliar pode ser uma pessoa singular ou coletiva.

261.<sup>a</sup> O auxiliar não precisa de atuar com conhecimento da sua qualidade.

262.<sup>a</sup> O falso representante não pode ser considerado auxiliar do devedor, pois falta aqui o requisito essencial da introdução do terceiro, com vontade do devedor.

263.<sup>a</sup> Situação diversa é aquela em que alguém que não é, efetivamente, auxiliar do devedor, atua como se o fosse, fazendo-se passar por auxiliar e havendo motivos objetivos para terceiros acreditarem que assim é. Ora, contrariamente ao disposto para o representante no art. 260.<sup>o</sup> CC, não há dispositivo legal que permita ao credor exigir ao auxiliar de cumprimento um instrumento que legitime a sua atuação. Contudo, a favor da não responsabilização parece estar o disposto no artigo 268.<sup>o</sup> CC, uma vez que os atos praticados pelo representante fora dos poderes que lhe hajam sido conferidos não vinculam o representado, a menos que este os ratifique.

264.<sup>a</sup> Esta situação assimila-se à tolerância por parte do devedor, pelo que, estando diante de terceiro de boa fé (credor), deve igualmente aplicar-se o artigo 800.<sup>o</sup>/1 CC. Contudo, será necessário que haja, efetivamente, uma aparência legitimadora da intervenção do terceiro, i.e., não basta que o terceiro esteja simplesmente presente para fundar uma crença razoável, por parte do credor, de que aquela pessoa é um auxiliar do devedor.

265.<sup>a</sup> Neste sentido, o art. 23.<sup>o</sup> do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 178/86, de 3 de julho (modificado pelo Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 118/93, de 13 de abril) estabelece um regime especial, dispensando a ratificação por parte do principal e configurando um caso de relevância da teoria da aparência. Estabelecem-se aqui os seguintes pressupostos da tutela do terceiro:

- e) Existência de razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso;
- f) Confiança do terceiro na legitimidade do agente;

g) Boa fé do terceiro;

h) Contribuição do principal para fundar a confiança do terceiro.

Destarte, há aqui mais do que uma situação tolerada pelo principal, porquanto este, em bom rigor, contribui para a confiança ou erro suscitado na pessoa do terceiro. Por essa razão, esta norma é aplicar a todos os contratos de cooperação ou de colaboração.

266.<sup>a</sup> Mostra-se razoável e apropriado o recurso ao art. 800.º/1 do CC, pelo menos quando se trata de um auxiliar do devedor, introduzido por este no cumprimento, mas sem os necessários poderes de representação. O mesmo se diga quando o próprio auxiliar seja um falso auxiliar, desde que ainda assim haja uma situação imputável ao risco da empresa. O princípio da confiança assim o parece exigir, contanto que se preencham os seus pressupostos de aplicação.

267.<sup>a</sup> Não há aqui especificidades de maior em relação à doutrina geral da tutela da confiança: se alguém se fizer passar por auxiliar de cumprimento, verificando-se os requisitos exigidos pelo art. 23.º do regime do contrato de agência, esta solução deverá ser adotada, com as necessárias adaptações, ou seja: nesse caso, o devedor responderá pela atuação de tal auxiliar aparente, nos termos do art. 800.º/1 do CC, solução que se impõe pelo Princípio da boa fé, na sua vertente da tutela da confiança.

268.<sup>a</sup> Ao invés, se tais requisitos não estiverem preenchidos, afigura-se que, não obstante esse fato, ainda assim tal solução emanará do Princípio da boa fé. Não se pode olvidar que o art. 23.º da lei da agência é uma emanção deste princípio, princípio este que constitui uma regra, e não uma exceção. Ora, numa situação destas:

a) O art. 800.º/1 do CC não é diretamente aplicável, porquanto o terceiro não foi introduzido pelo devedor no cumprimento;

- b) A solução a dar ao caso tem de ser procurada noutros pontos do sistema, designadamente nos princípios nele vigentes;
- c) Se houver culpa do devedor, o regime é o disposto no art. 798.º do CC: com efeito, a atuação do terceiro não pode ser considerada um fato externo, não imputável ao devedor, pelo que não terá aplicação o art. 790.º do CC;
- d) Se não houver culpa do devedor, será já de aplicar o art. 800.º/1 do CC, porquanto há uma falha dos verdadeiros auxiliares do devedor no cumprimento, que não detetarem o intruso;
- e) Finalmente, ainda que nenhuma destas situações se verifique, ou seja, mesmo que todos os cuidados tenham sido tomados pelo devedor, a circunstância de um terceiro se imiscuir na empresa constitui um fato que, a nosso ver, deve correr por conta do devedor, e não do credor: o princípio da boa fé e da tutela da confiança assim o impõem.

269.<sup>a</sup> O auxiliar pode ter o monopólio do exercício de determinada atividade, sem que tal obste à aplicação do art. 800.º/1 do CC. Será o caso típico dos serviços de correios, telecomunicações, água e eletricidade, desde que esteja ainda em causa o cumprimento duma obrigação do devedor. Caso contrário, estar-se-ia a fazer uma interpretação restritiva do preceito, para a qual não encontramos razão de ser. Aqui o terceiro é introduzido pelo devedor no cumprimento, pelo que o devedor responde igualmente pela sua atuação, como se fosse própria.

270.<sup>a</sup> Diferentemente, não se considera já auxiliar aquele cuja intervenção é obrigatória em determinado negócio jurídico, por efeito de uma disposição legal, a menos que tal entidade não esteja a atuar no âmbito de uma sua obrigação específica e o esteja antes a fazer no âmbito da obrigação de uma das partes, tendo sido por esta introduzida no cumprimento.

271.<sup>a</sup> O auxiliar não se confunde com o substituto. A intervenção do auxiliar pressupõe que haja também uma intervenção do devedor, conjugada ou não com a atuação de outros terceiros, introduzidos igualmente como auxiliares de cumprimento pelo devedor. Por outro lado, a intervenção de um substituto pressupõe a ausência do devedor, cabendo àquele a realização total da prestação.

272.<sup>a</sup> O substituto pode ainda ser:

- c) Substituto na execução material da prestação, quer se trate de um ato material propriamente dito, quer de um ato jurídico;
- d) Substituto na posição jurídica obrigacional ocupada pelo devedor.

Sendo que somente o primeiro se inclui na previsão do n.º 1 do art. 800.º do CC.

273.<sup>a</sup> A intervenção do substituto não se confunde com a novação subjetiva, que traduz uma verdadeira substituição jurídica do devedor: o substituto ocupa totalmente o lugar anteriormente detido pelo devedor. Além disso, irá executar a prestação em seu próprio nome pessoal, o que justifica que seja necessário o consentimento do credor, dado ocorrer aqui uma mudança, em sentido próprio, da pessoa do devedor. Pelas mesmas razões, não se pode falar na existência de um substituto quando tenha ocorrido cessão da posição contratual.

274.<sup>a</sup> Numa obrigação infungível, o devedor não pode recorrer nem a substitutos materiais, nem a substitutos jurídicos, a menos que obtenha o consentimento do credor, sob pena de responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 798.º do CC. Pode, ao invés, recorrer a auxiliares de cumprimento.

275.<sup>a</sup> Para que o devedor responda pela atuação de um substituto, nos termos do artigo 800.º/1 CC, é necessário que:

- a) A obrigação seja fungível, sendo admissível a intervenção do substituto;
- b) A intervenção do substituto tenha ocorrido devido a iniciativa do devedor.



276.<sup>a</sup> O protótipo de substituto é o subcontratado. No entanto, a subcontratação será apenas uma espécie dentro do fenómeno mais amplo, que é a substituição do devedor.

277.<sup>a</sup> Em regra, o devedor pode subcontratar, ou seja, pode ser parte num contrato com um terceiro, cujo objeto reside no todo ou em parte da prestação a que se obrigou diante do credor. Essa liberdade decorre da permissão genérica de autonomia privada, presente no artigo 405.º CC. Só assim não acontecerá quando:

- c) Haja uma proibição expressa, por parte do credor;
- d) A execução pessoal da prestação seja uma exigência da sua própria natureza.

278.<sup>a</sup> O subcontrato pode ser um modo de aproveitamento das vantagens do contrato base, como acontece na sublocação, ou um modo de execução do contrato base, em que um terceiro se irá substituir ao devedor na realização da prestação. É este segundo sentido que interessa ao nosso estudo. Diversamente, no primeiro caso, i.e., quando o substituto auferir uma vantagem, não se pode considerar aplicável o artigo 800.º/1 CC.

279.<sup>a</sup> Se o credor tiver concedido uma autorização genérica para a subcontratação, não se tendo pronunciado, em concreto, quanto à sua concretização, é ainda assim de aplicar o artigo 800.º CC: a prévia aceitação do credor não exonera o devedor de responder pelas pessoas que introduz no cumprimento, a menos que haja novação subjetiva, por substituição do devedor.

280.<sup>a</sup> O devedor responde mesmo que não tenha poder de escolha do terceiro e ainda que sobre ele não tenha qualquer poder de direção.

281.<sup>a</sup> O devedor não responde pelos atos dos terceiros que intervêm na execução da obrigação por iniciativa exclusiva do credor.

282.<sup>a</sup> No entanto, se o auxiliar é um empregado do devedor e o credor se limitar a escolher entre vários, é de aplicar o artigo 800.º, n.º 1. Por conseguinte, uma mera autorização genérica por parte do credor com vista à utilização do auxiliar não será suficiente para desresponsabilizar o devedor pela atuação deste.

283.<sup>a</sup> São considerados auxiliares tanto os trabalhadores do devedor, como quaisquer empregados, agentes, vigilantes, aprendizes, prestadores de serviços e pessoas em situação de dependência económica.

284.<sup>a</sup> A configuração do agente como auxiliar de cumprimento do principal apenas pode ser admitida em duas situações:

- a) Se se estiver no âmbito do cumprimento de deveres pré-contratuais, para aqueles que admitam, neste âmbito, a aplicabilidade do regime jurídico obrigacional;
- b) Se existir uma ratificação ou confirmação, pelo principal, da atuação do agente.

285.<sup>a</sup> Porem, no caso do art. 22.º/2 da Lei da Agência o agente será auxiliar do principal, precisamente porque se verifica a ratificação dos seus atos por parte do principal, ratificação esta que, embora sendo presumida pela lei, funciona como uma autorização, *a posteriori*, de atuação. O mesmo se aplica ao art. 240.º do CCom, em que a presunção de ratificação implica que o mandatário tenha atuado como auxiliar do mandante, muito embora apenas haja uma autorização *a posteriori* para esse efeito.

286.<sup>a</sup> São auxiliares do devedor, na aceção do n.º 1 do artigo 800.º do CC, os gerentes de comércio, auxiliares e caixeiros de comerciantes, previstos nos artigos 248.º, 250.º e 251.º CCom.

287.<sup>a</sup> Aquele que age como representante ou mandatário do possuidor, ou, de um modo geral, em nome de outrem, é seu auxiliar. O possuidor responde pela atuação deste auxiliar, no cumprimento das respectivas obrigações, designadamente quando esteja em causa uma obrigações previstas na lei.

288.<sup>a</sup> O cumprimento de obrigações previstas no Livro dos Direitos reais pode ser efetuado com recurso a auxiliares de cumprimento, com a consequente aplicação do artigo 800.º/1 do CC, o que acontecerá designadamente nos artigos 1346.º, 1347.º, 1348.º, 1349.º, 1351.º, 1352.º, 1357.º, 1359.º, 1360.º, 1365.º e 1367.º do CC. Bem assim no caso das obrigações do usufrutuário, com destaque para o respeito pela forma e substância da coisa, previsto no artigo 1439.º do CC, bem como para as obrigações contempladas no artigo 1468.º do CC, no caso das obrigações do usuário (artigo 1489.º CC) e ainda no caso das obrigações do superficiário e do fundeiro (artigos 1530.º e seguintes CC) e dos proprietários de prédios servientes e dominantes.

289.<sup>a</sup> Na união de contratos de compra e venda e de mútuo, a obrigação de entrega dos documentos, prevista no artigo 882.º do CC, impende somente sobre o vendedor. O mutuante será, desse modo, um auxiliar que o vendedor introduz no cumprimento, razão pela qual deve responder pela sua atuação, de acordo como artigo 800.º/1 CC.

290.<sup>a</sup> São também auxiliares os bancos, em relação às seguradoras, na atividade de promoção da celebração de seguros.

291.<sup>a</sup> Ao invés, a menos que haja determinação legal em sentido contrário, não se aplica o regime do artigo 800.º CC aos mediadores. O mediador é um preparador do contrato, que se assume claramente como um intermediário entre as partes e atua com neutralidade em relação a estas. Trata-se de uma figura afim do auxiliar, sendo antes alguém que intervém no momento de

preparação ou de celebração de um negócio jurídico, tendo em vista a aproximação das partes.

292.<sup>a</sup> A lei estabelece a responsabilidade solidária dos operadores e das agências de viagens, perante o consumidor, pela correta execução das obrigações emanadas deste contrato, sem prejuízo do direito de regresso entre os vários prestadores do serviço. A responsabilidade da agência de viagens consubstancia uma situação de responsabilidade objetiva:

- a) As agências que organizam viagens respondem, perante os seus clientes, pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes dos contratos de viagem organizada, ainda que os serviços devam ser executados por terceiros e sem prejuízo do direito de regresso;
- b) Para as restantes viagens turísticas, apenas respondem pela correta emissão dos títulos de alojamento e de transporte e ainda pela escolha culposa das prestações de serviços, quando estas não tenham sido sugeridas pelo cliente;
- c) Se a agência intervier apenas como intermediária na venda ou reserva de serviços avulsos solicitados pelo cliente, só responde pela correta emissão dos títulos de alojamento e de transporte.

293.<sup>a</sup> O artigo 29.º do DL 61/2011, de 6 de maio contém um regime especial e mais penoso para a agência de viagens do que a presunção de culpa do art. 799.º/1 do CC, por se tratar de uma responsabilidade objetiva, nos termos da qual a agência responde pelo bom resultado da viagem organizada. Portanto, a agência, enquanto intermediária, é chamada a responder pelo resultado da viagem que organizou, i.e., por obrigações que lhe são alheias. O regime é mais penoso do que o regime comum porque impõe às agências obrigações que, *ab initio*, não lhes competem, e que, aliás, não podem estas agências controlar ou sequer intervir na sua execução. Trata-se de uma situação de responsabilidade objetiva, sendo que as únicas situações em que a agência se pode liberar da sua responsabilidade são as previstas no art. 29.º/4.

294.<sup>a</sup> O artigo 324.º do CVM contém um regime especial, que estabelece a nulidade das cláusulas de exclusão de responsabilidade do intermediário financeiro por atos praticados por representantes. Assim, o intermediário financeiro pode recorrer a representantes ou a auxiliares de cumprimento, não podendo no entanto escusar-se a responder pela atuação destes perante os seus clientes, sendo expressamente afastado o n.º 2 do artigo 800.º do CC.

295.<sup>a</sup> Não são auxiliares os fornecedores do vendedor, bem como não o são os fornecedores de água, energia elétrica, internet. Se a indústria devedora depende do fornecimento público de eletricidade, a qual, por falha própria, corta a energia elétrica e impede o devedor de cumprir atempadamente, não há responsabilidade obrigacional mas sim caso fortuito, a menos que o devedor tenha assumido, negocialmente, esta responsabilidade. Diversamente, se for a própria indústria devedora que, nas suas instalações, produz a energia elétrica necessária à sua atividade, deve responder a título obrigacional por qualquer falha.

296.<sup>a</sup> O auxiliar pode ser um representante ou um mero colaborador. É de diferenciar o auxiliar do representante, ainda que este possa nalguns casos integrar a categoria, mais ampla, de auxiliar. A principal diferença parece residir no momento de atuação: o representante, bem como o mandatário, atuam no momento da celebração do negócio ou ato jurídico, sendo o resultado da sua atuação a criação, modificação ou extinção de obrigações. Ao invés, o auxiliar atua no momento da execução de uma obrigação previamente existente.

297.<sup>a</sup> Assinalam as seguintes parecenças entre as duas figuras:

- a) O representante deve comportar-se objetivamente, perante o terceiro, como tal, desde logo invocando o fato de atuar em nome de outrem, tal como o auxiliar realiza ou colabora na realização da prestação por

conta do devedor, para o que terá de se apresentar nessa qualidade perante o credor, referindo que atua pelo ou para o devedor;

- b) O representante carece de uma legitimação, conferida pela lei ou pelo próprio representado, por meio da procuração. Igualmente, o auxiliar apenas o é quando seja introduzido no esquema obrigacional pelo próprio devedor;
- c) A representação voluntária assenta na existência de uma relação subjacente, que tanto pode ser um contrato de mandato, de sociedade, de trabalho, de prestação de serviços, etc.. Por seu turno, também o auxiliar pode ou não celebrar um contrato com o devedor, que pode ter a mais variada natureza, mas do qual depende a sua intervenção no esquema obrigacional;
- d) A comum responsabilização do representado / devedor perante o terceiro / credor. Ao Direito interessa que o representado fique vinculado pelos atos do representante, assim como que o devedor seja responsável pelos atos do seu auxiliar. O interesse protegido é assim o do terceiro ou credor;
- e) A existência de limites legais à vinculação do representado e do devedor. Com efeito, a regra é a de que o representado fica vinculado pelos atos do representante, na medida em que estes respeitem o conteúdo da procuração;
- f) A necessária vinculação do representado pelos atos praticados pelo representante com abuso dos seus poderes – artigo 269.º CC - a menos que exista má fé do terceiro. Esta situação tem similitude com o artigo 800.º/1 CC, porquanto o devedor responde ainda que o auxiliar, no cumprimento da obrigação, haja desobedecido às suas instruções

298.<sup>a</sup> O representante pode ser um auxiliar do devedor / representado, mas não o será sempre e necessariamente. Com efeito, tudo dependerá de se preencherem ou não os requisitos de aplicação do art. 800.º/1 do CC, designadamente, a existência de uma obrigação do devedor e a introdução do

representante, por iniciativa do devedor, na execução de um ato atinente ao cumprimento de tal obrigação, desde logo um ato jurídico. Contudo, não aplicáveis ao auxiliar, por analogia, algumas das normas que encontramos no âmbito da representação, nomeadamente os artigos 259.º e 260.º CC.

299.<sup>a</sup> O falso auxiliar não é auxiliar do devedor, não se aplicando o art. 800.º/1 do CC, invocando como argumento desde logo o disposto no artigo 268.º do CC e o não preenchimento de um pressuposto fundamental para a aplicação do art. 800.º/1, que reside na introdução do terceiro, com vontade do devedor.

300.<sup>a</sup> Uma situação intermédia entre o representante e o auxiliar de cumprimento é o caso do nuncio. Não há qualquer dúvida de que o nuncio intervém como auxiliar de cumprimento, transmitindo uma vontade alheia, não própria, não tendo qualquer margem de decisão.

301.<sup>a</sup> O devedor responde pela atuação do auxiliar do auxiliar, contanto que estivesse de acordo com a sua introdução no cumprimento, o que pode ter acontecido de forma expressa ou tácita, ou quando de alguma forma tivesse de contar com isso. Com efeito, ao introduzir o auxiliar de cumprimento, o devedor concede-lhe uma permissão para agir, no âmbito do cumprimento da obrigação, donde, se nada for dito em sentido contrário, essa autorização inclui a possibilidade de o próprio auxiliar recorrer, por seu turno, a outros auxiliares. Assim, embora em termos mediatos, a introdução do auxiliar do auxiliar decorre, ainda, da vontade do próprio devedor.

302.<sup>a</sup> O art. 264.º contempla um caso de terceiros expressamente previsto na lei. Decorre deste preceito:

- a) A possibilidade de substituição, tanto material como jurídica, do procurador, desde que: 1) o representado assim o autorize; 2) a faculdade de substituição resulte do conteúdo da relação jurídica base;

- b) A regra é a de que a substituição não exclui o procurador primitivo: o regime supletivo é a substituição com reserva;
- c) A substituição autorizada envolve um regime especial em relação ao art. 800.º/1 do CC: enquanto aqui o devedor responde, em termos objetivos, pelo incumprimento da obrigação resultante de atuação de um seu auxiliar ou substituto (material), no art. 264.º/3 o procurador que esteja autorizado a realizar a substituição apenas responde em termos subjetivos, por culpa *in eligendo* ou *in instruendo*
- d) Independentemente da possibilidade de substituição ou não, o procurador pode recorrer a auxiliares, se outra coisa não resultar do negócio ou da natureza do ato que haja de praticar.

Assim, o artigo 264.º/3 afasta-se da regra geral da responsabilidade do comitente, consagrado nos artigos 500.º e 800.º CC.

303.<sup>a</sup> Decorre da remissão do artigo 1165.º CC para o art. 264.º que a regra é, em princípio, a não admissão da substituição, devido ao carácter pessoal do encargo assumido pelo mandatário. Havendo substituição, o mandatário responde pela atuação do submandatário mas em termos atenuados, já que o art. 264.º/3 apenas reconduz esta responsabilidade à culpa *in eligendo* ou *in instruendo*, aplicando-se aqui a presunção do art. 799.º/1 do CC.

304.<sup>a</sup> Nos termos dos artigos 1197.º e 1198.º CC:

- a) O depositário pode, por via de regra, recorrer a auxiliares, só não o podendo fazer em casos excecionais, nomeadamente quanto tal resulte do conteúdo ou da finalidade do contrato;
- b) O depositário só pode recorrer a um substituto (material ou jurídico) se para tanto obtiver o consentimento do depositante (assim também o disposto no art. 1189.º);
- c) Nesse caso, responde por culpa *in eligendo*.



305.<sup>a</sup> Por força da remissão do art. 1213.º/2 CC para o art. 264.º/1 CC, a subempreitada é, em princípio, livre, não carecendo de autorização do dono da obra, desde que tal faculdade resulte do conteúdo do contrato principal ou seja necessária para a execução da obra. Em princípio, é livre desde que esteja em causa a execução de tarefas especiais, que não estejam ao alcance do empreiteiro ou quando se trate de tarefa fungível. A doutrina considera haver aqui uma autorização implícita para celebrar a subempreitada, pelo menos quando se trate de atividade de especial técnica e fora do alcance do empreiteiro.

306.<sup>a</sup> O empreiteiro – bem como o subempreiteiro – é responsável pela atuação das pessoas que emprega na execução da obra, quer sejam trabalhadores, quer subempreiteiros, mantendo-se tal responsabilidade mesmo na hipótese de o subcontraente ter escondido a falta de modo doloso, aplicando-se plenamente o artigo 800.º/1 do CC.

307.<sup>a</sup> O artigo 2334.º CC consagra a intransmissibilidade da testamentaria, nem por vida nem por morte, não podendo o testamenteiro delegar o seu exercício. Ao invés, pode servir-se de auxiliares, nos mesmos termos que o procurador.

308.<sup>a</sup> O devedor responde pelos atos do auxiliar praticados na execução de qualquer obrigação, principal, secundária. Apesar de o artigo 800.º se referir aos atos praticados no cumprimento, o devedor é também responsável pelas omissões ou abstenções do substituto, auxiliar ou representante legal.

309.<sup>a</sup> A presunção de culpa do artigo 799.º/1 do CC é, de igual modo, aplicável à atuação dos auxiliares por força do disposto no art. 800.º/1 do CC, porquanto a atuação do auxiliar (ou do representante legal) é considerada como se fosse a atuação do próprio devedor.

310.<sup>a</sup> Poderá estar em causa um ato praticado: (a) no momento da conclusão do contrato ou (b) no momento da execução da prestação. De igual modo,

podemos estar diante de uma atividade preparatória do contrato, de execução ou posterior a essa execução.

311.<sup>a</sup> O devedor responde pelo incumprimento dos deveres emanados da boa fé (cf. artigos 227.º e 762.º CC ), quer na fase prévia à contratação, quer na pendência da obrigação, quer ainda na fase pós-contratual, ainda que a infração resulte de uma conduta de um seu auxiliar. Por isso, pese embora, por via de regra, o artigo 800.º, n.º 1, do CC tenha em vista a tutela do interesse de cumprimento do credor, parece dever incluir-se na sua tutela também o interesse de integridade.

312.<sup>a</sup> O devedor responde nos mesmos termos pelo art. 800.º, quer se trate de negócio gratuito, quer de negócio oneroso.

313.<sup>a</sup> O devedor responde pelos atos praticados pelo representante legal ou pelo auxiliar no cumprimento da obrigação, ainda que este tenha abusado das funções que lhe foram cometidas ou haja atuado contra as instruções do devedor, já que se trata de um dos riscos decorrentes do recurso a terceiros no cumprimento da obrigação.

314.<sup>a</sup> O devedor responde também pelos danos causados pelo auxiliar através de uma conduta dolosa deste, contanto que o ato seja praticado no cumprimento da obrigação. Esse é um dano que se deve imputar ainda ao devedor, na lógica do risco / benefício associado à utilização destas pessoas. Aliás, o risco de atuação dolosa do representante legal ou do auxiliar do devedor consiste, precisamente, num dos riscos típicos que justificam o n.º 1 do art. 800.º do CC.

315.<sup>a</sup> O n.º 1 do artigo 800.º do CC declara que o devedor apenas responde pelos atos das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação. Não diz também que tais atos devem ser praticados no cumprimento da obrigação, ao contrário do art. 500.º do CC. Apesar da ausência, pelo menos expressa, de tal requisito na letra do n.º 1 do artigo 800.º do CC, a doutrina exige-o de forma quase unânime.

316.<sup>a</sup> A responsabilidade obrigacional só existirá quando se verifique o incumprimento da obrigação. A tarefa essencial do jurista será, assim, a de determinar qual o conteúdo da relação obrigacional. Por tal razão, determina a letra do n.º 1 do artigo 800.º que o devedor responde como se tais atos tivessem sido por ele praticados, ou seja, tudo se passa como se fosse ele o autor (material) do ato, e se, nessa qualidade, se tivesse verificado o incumprimento.

317.<sup>a</sup> A consequência não pode variar consoante seja o devedor ou um seu auxiliar a causar o dano: o efeito deve ser sempre ou a responsabilidade obrigacional, ou a delitual, independentemente da pessoa que, em concreto, origina a lesão. Tal como o artigo 800.º/1 CC declara, o devedor responde como se a atuação do representante legal ou do auxiliar fosse a sua própria atuação. Por isso, a questão coloca-se antes e independentemente do art. 800.º/1 do CC, sendo um problema de delimitação entre o âmbito obrigacional e o âmbito delitual.

318.<sup>a</sup> No caso clássico do furto cometido pelo auxiliar é fulcral atentar na redação – porventura infeliz – da parte final do n.º 1 do artigo 800.º do CC: o devedor é responsável como se faltasse ele mesmo ao cumprimento. Pergunta-se: se em vez do auxiliar o autor do furto fosse o devedor, seria este chamado a responder por via obrigacional? Afigura-se indubitável concluir que não. Responderia sim, eventualmente, em termos delituais, não obstante também aqui ter sido o contrato a proporcionar a ocasião para perpetrar o ato ilícito.

319.<sup>a</sup> Se, não obstante o furto de um objeto do credor, a obrigação, p.ex. de reparação de uma canalização, foi corretamente cumprida, não se poderá fazer então em responsabilidade em termos obrigacionais. O que demonstra que naquele caso a responsabilidade, a existir, é delitual.

320.<sup>a</sup> O devedor apenas responde pelo ato do auxiliar se se puder afirmar que, caso tal comportamento tivesse provindo do próprio devedor, ele seria igualmente responsável, bem como que o seria a título obrigacional.

321.<sup>a</sup> No âmbito da obrigação estão incluídos não apenas o dever principal e deveres secundários, como também deveres acessórios e de proteção da pessoa e património do credor. Assim, pelo ato praticado pelo auxiliar no tempo e espaço do cumprimento da obrigação que afete um dos interesses protegidos pela obrigação, responde o devedor, nos termos do art. 800.º/1 do CC. Diversamente, pelo ato praticado pelo auxiliar ao mesmo tempo e no mesmo local em que a obrigação é executada, mas que atinge um interesse que se situa fora do âmbito de proteção obrigacional, responde apenas o próprio autor do fato, a título delitual. O devedor apenas poderá ser chamado a responder em termos também delituais, se se preencherem os requisitos do art. 500.º CC.

322.<sup>a</sup> Procurando resolver alguns dos casos analisados pela doutrina:

- d) A empresa de segurança responde, pelo art. 800.º/1 do CC, pelo furto cometido por um dos seus trabalhadores: trata-se do incumprimento da obrigação principal a que a empresa se vinculou perante o cliente;
- e) A empresa de canalização responde pelo incêndio causado por um funcionário seu que se desloca a casa do credor e não apaga devidamente o cigarro: trata-se aqui de um dever obrigacional, secundário;
- f) A mesma empresa não responde pela violação da filha do credor cometida por esse mesmo funcionário: em causa está um direito absoluto, aliás de um terceiro e não do credor.

323.<sup>a</sup> A letra do artigo 800.º/1 do CC não requer que o auxiliar pratique um ato ilícito e culposo, contrariamente ao que é sustentado, pelo menos por parte da doutrina, a respeito do artigo 500.º CC.

324.<sup>a</sup> Tudo se passa como se fosse o próprio devedor a atuar, pelo que:

- a) O devedor mantém a possibilidade de atenuar a sua responsabilidade nos termos legalmente admitidos;
- b) O critério de apreciação da culpa é em princípio o da culpa *in abstracto*;
- c) A demonstração da inimputabilidade do auxiliar ou de fatos de exclusão da sua culpa não afasta a responsabilidade do devedor.

325.<sup>a</sup> Em caso de inimputabilidade do auxiliar, há duas hipóteses de responsabilização do devedor, com fundamentação diversa:

- c) Se o auxiliar era um trabalhador com qualificações para o trabalho e nunca antes revelara qualquer indício de ter qualquer problema de saúde: o devedor responde em moldes objetivos, por ter introduzido o auxiliar no cumprimento – art. 800.º/1 do CC;
- d) Diversamente, se devedor envia ao domicílio do credor um auxiliar que padecer de doença conhecida de epilepsia: aqui a responsabilidade do devedor é subjetiva, já que escolheu mal o auxiliar, ato que constitui causa adequada do dano sofrido pelo credor.

326.<sup>a</sup> Se o terceiro, auxiliar, houver praticado um ato ilícito, pode ser responsabilizado diretamente pelo credor, nos termos da responsabilidade delitual, sem prejuízo de se manter a responsabilidade obrigacional do devedor ao abrigo do art. 800.º CC.

327.<sup>a</sup> O devedor responde pelos actos dos terceiros como se estes actos tivessem sido praticados pelo próprio devedor, pelo que o padrão de exigência aplicável à atuação do auxiliar é aquele que é exigível ao próprio devedor, caso fosse este mesmo a realizar a prestação.

328.<sup>a</sup> Pode acontecer que, cumulativamente com a responsabilidade do devedor por fato dos seus auxiliares, se verifique uma contribuição do próprio credor para a ocorrência da lesão (artigos 570.º e 571.º do CC). Porém, o conceito de culpa do lesado não implica a prática, por parte deste, de um fato ilícito. Exige-se apenas a sua culpa, em sentido impróprio, que pode referir-se à atuação do próprio credor, bem como das pessoas que este utiliza, tal como resulta do disposto no artigo 571.º CC, a ele equiparadas.

329.<sup>a</sup> Havendo presunção de culpa, o artigo 570.º/2 CC exclui a obrigação de indemnizar. A mesma solução deve ser aplicada em caso de responsabilidade objetiva, por força de uma interpretação enunciativa do preceito, assente num argumento de maioria de razão.

330.<sup>a</sup> Atualmente, o artigo 809.º CC não refere expressamente a proibição da cláusula exoneratória em caso de dolo ou culpa grave, contrariamente ao texto que inicialmente terá sido proposto para este preceito. De acordo com o entendimento maioritário, as cláusulas de exclusão da responsabilidade do devedor são, em qualquer caso, nulas, mesmo em caso de culpa leve.

331.<sup>a</sup> O artigo 809.º CC proíbe as cláusulas de exclusão de responsabilidade, mas tem duas exceções: o art. 800.º/2 do CC e a possibilidade de convencionar a exclusão contratual da responsabilidade objetiva, sem culpa.

332.<sup>a</sup> Expressamente admitida entre nós é a cláusula de exclusão de responsabilidade pelos atos dos auxiliares, nos termos do n.º 2 do artigo 800.º, a qual é apenas nula em caso de violação das regras de ordem pública.

333.<sup>a</sup> Parece-nos de acolher a distinção operada por Pinto Monteiro no âmbito do art. 800.º/2 do CC entre:

- a) Auxiliares que pertencem à organização empresarial do devedor e que dele são juridicamente dependentes, que com o devedor formam uma “unidade económica”;
- b) Auxiliares autónomos, juridicamente independentes do devedor, que são os únicos suscetíveis de serem considerados terceiros aos quais é de aplicar o art. 800.º/2 CC.

Uma vez efetuada esta diferenciação, os atos dos auxiliares dependentes devem ser equiparados aos atos do próprio devedor, pelo que a estes se aplica o art. 809.º, não se admitindo assim a exclusão da responsabilidade.

334.<sup>a</sup> Se assim não fosse, seria efetivamente muito fácil ao devedor furtar-se à aplicação do art. 809.º: para tal bastaria que tivesse auxiliares dependentes e que convencionasse com o credor a exclusão da responsabilidade pela atuação dolosa destes. Este é um resultado inaceitável em face da coerência do sistema. Não obstante, não deixa também de se reconhecer que a necessidade de distinguir entre auxiliares dependentes e independentes poderá ser fruto de enormes dificuldades, aliás já conhecidas do Direito do trabalho a propósito da qualificação deste contrato.

335.<sup>a</sup> O n.º 2 do artigo 800.º abrange todas as convenções que regulem qualquer uma das consequências do incumprimento, uma vez que se trata de aferir da totalidade das consequências do incumprimento.

336.<sup>a</sup> O artigo 18.º, alínea d), da LCCG determina a proibição absoluta das cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave, donde resulta que apenas se permite estas cláusulas em caso de culpa leve.

337.<sup>a</sup> Para além do art. 800.º/2 do CC e da LCCG, pode ser necessário lançar mão do estabelecido em regimes jurídicos especiais, de que são exemplos o artigo 10.º do DL n.º 383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de abril e os artigos 12.º e 16.º LDC.

338.<sup>a</sup> A ordem pública exprime o conjunto dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico com valor supra ordenador e básico, cuja salvaguarda tem em vista não apenas a tutela de interesses privados, mas – e primariamente – a de interesses colectivos. Trata-se de vetores não expressamente legislados, que restringem a autonomia privada. Não serão portanto admitidas cláusulas exoneratórias a respeito de transporte, responsabilidade médica e do fornecedor, fabricante e vendedor profissional.

339.<sup>a</sup> A responsabilidade diz-se extra-obrigacional quando tem por base a violação de um direito absoluto ou uma conduta que, embora podendo ser lícita, causa um dano a outrem, que se entende dever ser suportado pelo agente. É, assim, determinada por exclusão de partes, já que na responsabilidade obrigacional se verifica sempre a violação de uma obrigação previamente existente entre dois sujeitos, independentemente da sua fonte. Por outro lado, hoje é sustentado por um setor significativa da doutrina que a responsabilidade civil não se bipolariza entre o domínio delitual e o obrigacional, havendo ainda que contemplar as situações que constituem a chamada terceira via da responsabilidade civil.

340.<sup>a</sup> Pode haver situações em que uma pessoa, com um só ato, pratica em simultâneo um ilícito extracontratual e um ilícito contratual. Isso verifica-se sempre que, perante um contrato, um dos contraentes não realiza o respetivo dever, dando com isso origem a danos na pessoa ou nos bens da contraparte, como por exemplo nos seguintes casos:



- a) Um transportador causa um acidente em que a pessoa transportada sofre ferimentos;
- b) O médico radiologista provoca danos na pessoa do paciente;
- c) O farmacêutico entrega ao cliente um produto nocivo para a saúde deste, que não corresponde ao produto solicitado;
- d) O depositário danifica a coisa depositada;
- e) O comodatário matou o animal comodatado: a impossibilidade (culposa) de restituição da coisa configura incumprimento contratual, enquanto que o dano decorrente da perda do animal parece já ser um ilícito extracontratual.

341.<sup>a</sup> No caso português, a diferença básica assinalada a propósito da aplicação dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil reside na circunstância de o primeiro se situar no âmbito da responsabilidade extracontratual, enquanto o segundo seria exclusivo da responsabilidade contratual ou obrigacional. Em comum às ambas formas de responsabilidade, é a circunstância de se estabelecer um regime de imputação do fato de outrem, embora a técnica não seja exatamente a mesma.

342.<sup>a</sup> Destaca-se que no artigo 500.º o comitente responde desde que sobre o comissário recaia a obrigação de indemnizar, mas já no artigo 800.º o devedor pode exonerar-se se demonstrar que a inexecução não decorreu de culpa do substituto ou do auxiliar. Assim, salientam-se as diferenças entre os dois preceitos:

- a) Diferente técnica de imputação;
- b) Inexistência de relação de comissão e consequente subordinação no artigo 800.º;
- c) Desnecessidade de imputação do dano ao auxiliar ou representante legal;
- d) Omissão (pelo menos na letra da lei), no artigo 800.º, a que os atos do auxiliar sejam praticados no cumprimento da obrigação, em contraste

com a exigência, no artigo 500.º, de que o comissário pratique o ato no exercício da função que lhe foi confiada.

343.<sup>a</sup> A lei utiliza uma diversa forma de imputar o dano: no artigo 500.º exige-se uma dupla imputação do dano, ou seja, este deve ser primeiramente imputado ao comissário e, na sequência disso, ao comitente. Destarte, enquanto que para efeitos da responsabilidade delitual por fato de outrem é necessário que o comissário responda, por si só, pelo dano, no âmbito do artigo 800.º isso pode ou não acontecer, porque está em causa uma ficção: a conduta do auxiliar é como se fosse a conduta do próprio devedor.

344.<sup>a</sup> A diferente forma de responsabilização por fato de outrem conduz a uma maior extensão do âmbito de aplicação do artigo 800.º: assim, em termos obrigacionais, a responsabilidade por fato de outrem assume uma maior abrangência do que em termos delituais.

345.<sup>a</sup> As dúvidas são muitas, verificando-se que, não raras vezes, os tribunais aplicam o regime da responsabilidade delitual por fato de outrem a casos que configuram, propriamente, um incumprimento obrigacional ou em que pelo menos se mostra duvidosa a qualificação.

346.<sup>a</sup> Um dos casos mais discutidos é a responsabilidade do hospital e do médico. Em princípio, trata-se de responsabilidade obrigacional, atenta a celebração de um contrato de prestação de serviço, atípico, entre o paciente e o hospital ou o próprio médico. Sempre que o contrato seja celebrado com o hospital ou clínica, a responsabilidade do prestador do serviço é obrigacional, podendo ser objetiva, em relação ao pessoal que utiliza para o cumprimento da sua obrigação, nos termos do artigo 800.º, n.º 1, do CC.

347.<sup>a</sup> A violação destes deveres, ainda que com efeitos na pessoa do paciente, deverá em princípio dar lugar à aplicação da responsabilidade obrigacional e, sendo caso disso, o art. 800.º/1 do CC, sendo que aqui se inclui a responsabilidade tanto pela atuação de pessoas com conhecimentos médicos, como de outros auxiliares.

348.<sup>a</sup> Em regra, o dano resulta de uma situação de cumprimento defeituoso, sendo aplicável a presunção de culpa constante do n.º 1 do artigo 799.º do CC e o artigo 800.º, n.º 1, do CC.

349.<sup>a</sup> Apesar da natureza obrigacional, o contrato de prestação de serviços médicos não pode excluir a responsabilidade pelos atos dos auxiliares, nos termos previstos pelo n.º 2 do artigo 800.º, por estar em causa matéria de ordem pública. Caso seja celebrado através de cláusulas contratuais gerais, tal exclusão de responsabilidade estará também vedada pelo artigo 18.º, alínea a), da LCCG.

350.<sup>a</sup> Há danos que em princípio deveriam ser qualificados como danos *extra rem*, ou seja, danos pessoais sofridos pelo credor ou danos ocorridos no seu património, estando por isso além da proteção contratual. Todos os restantes danos são danos *circa rem*, aos quais se aplica o regime obrigacional.

351.<sup>a</sup> A resolução deste problema importa a tomada em consideração da configuração da obrigação como possuindo um conteúdo complexo (conceção ampla) ou não (conceção restrita): a incluir os deveres de proteção no campo obrigacional, todo o regime obrigacional é aplicável, designadamente o disposto no art. 800.º/1 CC. Ora, se por um lado é necessário delimitar a esfera de proteção do contrato, por outro também se mostra necessário evitar a “hipertrofia da responsabilidade contratual.

352.<sup>a</sup> Para que a responsabilidade seja obrigacional é necessário que o dano derive do incumprimento. Não basta o fato de o prejuízo ter sido causado por um fato ilícito praticado na altura da realização da prestação, ou seja, acrescentamos nós, não basta que os danos se verifiquem por ocasião do contrato.

353.<sup>a</sup> Se é verdade que o artigo 800.º/1 CC apenas se aplica quando o credor seja o lesado, não é verdade que este dispositivo se aplique sempre que o credor seja lesado. Com efeito, pode acontecer que o credor seja lesado mas o direito violado extravase o âmbito obrigacional. Assim:

- a) A pré-existência de uma relação obrigacional não significa que qualquer dano ocorrido entre as partes seja fruto de responsabilidade obrigacional;
- b) A determinação do tipo de responsabilidade aplicável dependerá da delimitação prévia do âmbito obrigacional;
- c) Como a doutrina majoritária aceita, não é necessário ficcionar a existência de deveres de proteção emanados do contrato, quando o art. 483.º/1 do CC contém uma cláusula geral de responsabilidade civil;
- d) No entanto, não se aplica o regime obrigacional apenas à infração do dever principal e de deveres secundários: aplica-se também à infração de deveres acessórios, contante que o direito atingido se encontre na titularidade do credor e esteja, ainda, abrangido no âmbito da própria obrigação;
- e) Uma parte significativa dos casos em que a doutrina discute se o dano foi causado pelo auxiliar no cumprimento da obrigação, ou por ocasião do cumprimento, pode ser reconduzido a situações em que o dano se situa fora da esfera obrigacional;
- f) A questão da delimitação do âmbito de proteção contratual não pode ser resolvida em abstrato, mas apenas com base na situação concreta.

354.<sup>a</sup> Numa tentativa de aproximação ao caso concreto, ensaia-se a solução a dar algumas situações:

- a) A empresa de canalização envia o seu funcionário, A, ao domicílio do credor, para realizar a reparação de um cano entupido. Durante a operação, por descuido de A, o cano rebenta, causando danos ao credor. A responsabilidade é obrigacional, aplicando-se o art. 800.º/1 do CC, de forma a responsabilizar a empresa pela atuação do seu auxiliar.
- b) No mesmo exemplo, o funcionário furta um objeto da casa do credor: a responsabilidade é delitual, extravasando o âmbito de proteção do contrato. Se fosse o próprio devedor, não se poderia falar em responsabilidade obrigacional, pelo que, do mesmo modo, a empresa responderá, quanto muito, ao abrigo do art. 500.º. O credor é o titular do direito lesado, mas este extravasa o âmbito obrigacional.
- c) No mesmo exemplo, o funcionário, desrespeitando as instruções recebidas da empresa, decide reparar outro cano: consideramos que estamos ainda no âmbito da responsabilidade obrigacional, podendo ainda assim aplica-se o art. 800.º/1 do CC. O desrespeito das instruções do devedor não afasta a sua responsabilidade.
- d) Se em vez de uma prestação de fato, se tratar de uma prestação de coisa, a qual sofre um defeito, por intervenção do auxiliar: o regime aplicável será o da venda de coisa defeituosa (ou o respeitante ao contrato concretamente celebrado), porquanto para o credor será indiferente e até muitas vezes desconhecido e irrelevante a origem do dano.

355.<sup>a</sup> De acordo com o art. 227.º CC, as partes devem, tanto na celebração do contrato como na sua preparação, atuar de boa fé, observando os deveres acessórios de lealdade, segurança e informação. Os deveres pré-contratuais podem encontrar-se, nalguns casos, especificamente consagrados em leis avulsas.

356.<sup>a</sup> A doutrina hesita quanto à natureza desta responsabilidade, alternando entre aqueles que defendem que se trata de responsabilidade contratual, os que sufragam a tese delitual e os apoiantes de uma responsabilidade *sui generis*. Independentemente da natureza da responsabilidade por culpa *in contrahendo*, deve considerar-se aplicável o regime jurídico da responsabilidade obrigacional. Por conseguinte, o devedor responde, objetivamente pelo artigo 800.º/1 do CC, pela violação dos deveres de informação, lealdade e segurança que provenha de um dos seus auxiliares nesta fase preliminar.

357.<sup>a</sup> Em decorrência deste entendimento, o devedor responde, obrigacionalmente, pelos atos dos seus auxiliares na preparação e conclusão do contrato, por culpa *in contrahendo*, aqui se incluindo os agentes, procuradores e comissários, na medida em que os terceiros que tratam com eles confiam na empresa, na organização que se lhes apresenta e da qual são auxiliares. Por conseguinte, o empresário devedor responde pelas comunicações imprecisas ou erróneas dos seus agentes, procuradores e comissários.

358.<sup>a</sup> É duvidoso que se todos os casos de responsabilidade por fato de outrem têm o mesmo fundamento. No entanto, importa assinalar que a fundamentação da responsabilidade obrigacional por fato de outrem é a base para uma correta aplicação do seu regime jurídico.

359.<sup>a</sup> As fundamentações invocadas nos Motivos do BGB padecem de fragilidades:

- d) A ideia de que o devedor utiliza os terceiros no seu próprio interesse e a seu próprio risco não é correta, pois não é somente no seu próprio interesse que o devedor utiliza os auxiliares, mas também no interesse do credor, para que a prestação o satisfaça plenamente: atendendo à divisão do trabalho provavelmente isso não aconteceria se fosse exclusivamente realizada pelo próprio devedor;

- e) A ideia de que o devedor que se obrigou a cumprir a obrigação assumiu o dever de atingir um resultado é igualmente inadequada pois, se o que estivesse em causa fosse tão-só o dever de alcançar um determinado resultado, então deveria o devedor responder por qualquer caso fortuito, e não apenas pelos fatos dos seus auxiliares;
- f) Finalmente, a ideia de que a promessa de realização da prestação contém uma garantia tácita do fato de terceiros que concorrem na execução não se trata de mais do que uma ficção de uma vontade inexistente: a responsabilidade emerge da própria lei e não de uma pretensa vontade do devedor.

360.<sup>a</sup> É de refutar a doutrina que procura fundamentar a responsabilidade do devedor por fato de outrem na ideia de representação, ou seja, de que o auxiliar iria atuar em nome e por conta do devedor, ainda que haja alguma proximidade com o texto legal. Com efeito, o teor do artigo 800.º/1 CC revela-nos que o devedor responde como se a atuação do auxiliar fosse própria, donde parece resultar uma certa imputação da atuação do auxiliar ao devedor, técnica que é efetivamente similar ao que se verifica na representação. Apesar desta similitude, a teoria da representação é claramente de rejeitar, porque confunde dois fenómenos diversos entre si, que são, por um lado, a possibilidade de alguém atuar em nome de outrem na realização de atos jurídicos, e, por outro, a faculdade de o devedor encarregar outrem da execução duma obrigação.

361.<sup>a</sup> É também de rejeitar a teoria da causalidade, para a qual basta que alguém tenha ocasionado um dano a outrem para ter a obrigação de indemnizar, vista não como uma pena mas em termos meramente patrimoniais.

362.<sup>a</sup> A responsabilidade obrigacional por fato de outrem é reconduzida pela maioria da doutrina ao brocardo *ubi commodum, ibi incommoda*: é o devedor que introduz na relação obrigacional terceiros, devendo por isso suportar eventuais efeitos negativos daí resultantes.

363.<sup>a</sup> A teoria do risco assenta num princípio básico: quem age no seu interesse, corre o risco dessa atuação. Assim, se tendo embora usado de todo o cuidado na escolha do auxiliar, o devedor acabou por escolher alguém que era negligente, ele não pode imputar esse risco ao credor. No fundo, assenta na ideia de que alguém que ocupa uma determinada posição jurídica deve suportar um certo risco. Nesse sentido, o artigo 767.º CC parece constituir a contrapartida da responsabilidade imposta no artigo 800.º/1 CC.

364.º O risco aponta para um sistema de responsabilidade objetiva, que tem em vista não a punição do agente, mas antes a compensação do dano. Neste sentido, pode afirmar-se a existência de um princípio fundamental, de que quem exerce um direito ou uma atividade lícita deve suportar as consequências danosas que daí resultem para o património alheio, do mesmo modo que deveria suportar se tivesse culposamente causado tais danos.

365.º Pela nossa parte, não é propriamente de risco que nos parece que se possa falar no artigo 800.º, n.º 1, do CC. Na verdade, parece poder afirmar-se que o sujeito deve responder pelos danos a que deu causa, por efeito do exercício de uma força da qual dispõe para satisfazer um interesse próprio. E não tem necessariamente que ver com risco mas sim com suportar as consequências dos meios que são utilizados pelo agente. O devedor responde porque beneficia com o alargamento das suas possibilidades de ação e porque lucra com a divisão do trabalho.

366.<sup>a</sup> Após os desenvolvimentos decorrentes da Revolução Industrial, o princípio da culpa foi julgado insuficiente como fundamento da responsabilidade civil, passando a ser admitida a lógica de socialização do risco.



367.<sup>a</sup> No âmbito obrigacional, a responsabilidade tem como principal objetivo atingir o integral cumprimento da obrigação, sendo assim instrumentalizada para este fim.

368.<sup>a</sup> De um modo geral, havendo uma pessoa que causa, materialmente o dano, e outra que responde por este dano, são possíveis, em abstrato, dois sistemas:

- a) Um sistema de dupla imputação, tanto ao principal como ao proposto, podendo a imputação a este último fundar-se quer na prática de um fato ilícito e culposo, quer a título objetivo.
- b) Um sistema de imputação única, assente na responsabilidade indireta do principal.

369.<sup>a</sup> Afigura-se inadequada a tese que baseia a responsabilidade do devedor por fato de outrem na própria culpa daquele, seja por culpa *in eligendo*, seja por culpa *in vigilando* ou *in instruendo*. Na verdade, são situações diversas e que podem, até, verificar-se cumulativamente. Com efeito, o devedor pode responder, ainda que tenha usado de todos os cuidados possíveis na escolha do auxiliar e ainda que lhe tenha dado instruções corretas e vigiado adequadamente. Mesmo que tudo isso tenha acontecido, não será o credor a sofrer as consequências da atuação do auxiliar.

370.<sup>a</sup> A mesma crítica vale para o sistema assente na presunção de culpa do agente. Com efeito, a evolução para um sistema de responsabilidade com culpa presumida e, posteriormente, de responsabilidade objetiva, assentou na modificação do modelo empresarial. Ao modelo típico do empresário individual, com um ambiente familiar, sucedeu o modelo de empresa de grandes dimensões, em que o fator humano e a individualização do trabalhador se diluiu.

371.<sup>a</sup> Atualmente, a responsabilidade do devedor por fato dos seus auxiliares é, na ordem jurídica portuguesa, uma responsabilidade objetiva, que prescinde de qualquer valoração do estado subjetivo do agente.

372.<sup>a</sup> A consagração da responsabilidade por fato de outrem assenta num valor de justiça: o fundamento da responsabilidade civil consiste, em qualquer caso, na transferência das consequências da lesão da vítima para o agente. Assume, por isso, uma função manifestamente ressarcitória, que se insere numa linha de justiça distributiva.

373.<sup>a</sup> O art. 800.º/1 do CC existe, independentemente do art. 790.º do CC, pelo que deve ter um sentido e fundamentação próprios, ainda que dentro do sistema delineado pelo Código Civil em matéria de incumprimento das obrigações. Ora, se o legislador sentiu necessidade de consagrar este regime, tal será porque ele não resulta, por si só, do disposto no art. 790.º do CC, ainda que com este possa ter alguma ligação.

374.<sup>a</sup> É apenas no sentido da imputação objetiva que se admite a ideia de que o devedor assume uma garantia em relação ao credor, quanto ao recurso a auxiliares, ou seja, com base na ideia de que esta responsabilidade visa tutelar o credor, cuja posição se mantém integralmente, mesmo que o devedor introduza terceiros no cumprimento, no âmbito da sua liberdade de organização

375.<sup>a</sup> Por outro lado, o artigo 800.º CC não pode ser lido sem uma ligação aos princípios de responsabilidade contratual, designadamente o princípio da pontualidade do cumprimento. Independentemente da modalidade concreta de obrigação que esteja em causa, o devedor encontra-se obrigado a realizar, ponto por ponto, a prestação (artigos 406.º e 763.º do CC), de boa fé e com vista a satisfazer integralmente o interesse do credor. Os meios utilizados pelo devedor com vista a atingir o cumprimento são, por isso mesmo, meios que “pertencem” ao devedor, ou melhor, à esfera de atuação do devedor, razão pela qual é este

que responde por tais meios. No conflito de interesses que opõe o credor ao devedor, a balança deve pender a favor do credor.

376.<sup>a</sup> A nosso ver, o art. 800.º/1 do CC fundamenta-se nos princípios obrigacionais do cumprimento, não se confundindo, por isso, com o seu homólogo na responsabilidade aquiliana, art. 500.º. Isso explica a diferente técnica legal: enquanto o art. 500.º pressupõe a imputação do dano ao comissário e, como garantia da indemnização, a responsabilidade do comitente, o art. 800.º estabelece tão-só a responsabilidade do devedor. Nem podia deixar de ser assim, já que, tratando-se de uma relação jurídica obrigacional, apenas o devedor deve. Por isso, o fundamento desta responsabilidade é tipicamente obrigacional, baseando-se no cumprimento a que o devedor se encontra vinculado e na liberdade que o devedor tem de escolher o modo como realiza a prestação. A esta fundamentação não é alheia a própria essência da obrigação: a satisfação plena do interesse do credor pressupõe a colaboração do devedor.

377.<sup>a</sup> Destarte, a técnica da responsabilização objetiva do devedor é a que se revela mais adequada à tutela dos interesses em jogo, designadamente do tráfico jurídico e da confiança do credor, já que uma solução de natureza subjetiva poderia bloquear totalmente as relações comerciais.

378.<sup>a</sup> De acordo com o n.º 2 do artigo 483.º CC, a responsabilidade objetiva tem carácter excecional. Assim, tanto no domínio delitual, como obrigacional, a regra é a de que em princípio a obrigação de indemnizar carece de um comportamento culposos do agente. Afigura-se exagerada a afirmação de que a mesma deixou de constituir exceção, na medida em que são excecionais os casos em que uma pessoa responde pela atuação de outra.

379.<sup>a</sup> Uma das situações típicas de responsabilidade por fato de outrem é aquela em que o empregador é chamado a responder pelos comportamentos ilícitos dos seus trabalhadores, quer a título obrigacional, quer em termos delituais. O

Código do Trabalho não contempla uma disposição específica acerca da responsabilidade do empregador pela atuação dos seus trabalhadores, donde resulta a aplicação do Direito civil.

380.<sup>a</sup> Compete ao empregador prevenir os acidentes de trabalho. Os deveres do empregador em matéria de segurança e saúde e acidentes de trabalho resultam do fator interesse público ou de ordem pública que se encontra presente na relação jusbatal. Estes deveres são impostos por diversas fontes, destacando-se

- a) Artigo 59.º, n.º 1, alíneas b), c) e f) da Constituição
- b) Convenções da OIT, com destaque para a Convenção n.º 155 de 1981, sobre segurança e saúde dos trabalhadores;
- c) Diretiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, alterada pela Diretiva 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2007;
- d) O artigo 127.º, n.º 1, alíneas c), g), h) e i) e os artigos 281.º e 282.º do CT;
- e) A Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 3/2014, de 28 de janeiro, que estabelece o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho;
- f) Decreto-Lei n.º 50/2005, de 25 de fevereiro, sobre as prescrições mínimas de segurança e saúde para a utilização pelos trabalhadores de equipamentos de trabalho;
- g) LAT, aprovada pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro.

381.<sup>a</sup> O empregador tem o dever, imposto por lei, de proporcionar boas condições de trabalho e contribuir para a elevação da produtividade do trabalhador. A este dever corresponde, em contrapartida, um direito do trabalhador, de modo que, em caso de incumprimento, goza este do direito de

resolução unilateral do contrato de trabalho, com fundamento em justa causa (cf. artigo 394.º, n.º 2, alínea d), do CT), ou seja, a falta de condições de segurança e saúde no trabalho, devida a culpa do empregador.

382.<sup>a</sup> Para além disso, o art. 282.º CT estabelece para o empregador deveres de informação e de consulta dos trabalhadores e dos seus representantes em matéria de segurança e saúde no trabalho, bem como o dever de assegurar a formação dos trabalhadores em matéria de segurança, higiene e saúde (artigo 282.º/3 CT).

383.<sup>a</sup> O empregador pode atribuir o cumprimento destes deveres a auxiliares de cumprimento, desde logo certos trabalhadores, titulares de poderes de direção por delegação – art. 128.º/2 CT – ou mesmo a empresas especializadas em higiene e segurança no trabalho. Em todo o caso, é o empregador que responde pelo seu cumprimento, nos termos gerais do art. 800.º/1 do CC.

384.<sup>a</sup> Pode ser especialmente relevante o cumprimento destes deveres em caso de atividades simultâneas ou sucessivas, caso em que:

- d) O artigo 281.º/4 CT estabelece o dever de cooperação entre empregadores que desenvolvam simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho;
- e) O artigo 16.º/1 da Lei n.º 102/2009 que consagra um regime especial para o caso em que várias empresas, estabelecimentos ou serviços desenvolvem, simultaneamente, atividades com os seus trabalhadores no mesmo local de trabalho, nos termos do qual devem todos os empregadores cooperar no sentido da proteção da segurança e da saúde;
- f) O artigo 16.º/2 da Lei n.º 102/2009 impõe o dever de assegurar a segurança e a saúde de todos os trabalhadores que se encontrem nesse local no caso de:

- a. Empresa utilizadora, para os trabalhadores em regime de trabalho temporário;
- b. Empresa cessionária, para os trabalhadores em regime de cedência ocasional;
- c. Empresa em cujas instalações outros trabalhadores prestam serviço ao abrigo de contratos de prestação de serviços;
- d. Nos restantes casos, empresa adjudicatária da obra ou do serviço.

Note-se que, nos casos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 16.º da Lei n.º 102/2009, não terá aplicação do art. 800.º/1 do CC. Com efeito, aqui as empresas serão, elas mesmas, titulares do dever de adotar as medidas de prevenção e de segurança necessárias. Ora, sendo elas mesmas devedoras de tal obrigação, não se poderão, em simultâneo, considerar auxiliares de cumprimento.

385.<sup>a</sup> Em matéria de acidentes de trabalho os deveres e a responsabilidade do empregador encontram-se previstos em especial na LAT, constante da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro. A LAT é aplicável a todos os ramos de atividade, nos setores privados, cooperativo e social, ao trabalhador por conta de outrem e ao respetivo empregador, incluindo pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos (cf. art. 3.º LAT). O seu âmbito de aplicação extravasa o conceito restrito de trabalhador, incluindo igualmente: o praticante, aprendiz, estagiário e demais situações que devam considerar-se de formação profissional, o administrador, diretor, gerente ou equiparado, sem contrato de trabalho, que seja remunerado por essa atividade e o prestador de trabalho, sem subordinação jurídica, que desenvolva a sua atividade na dependência económica, nos termos do art. 10.º do CT.

386.<sup>a</sup> Na evolução legislativa nacional em matéria de acidentes de trabalho, destaca-se o art. 54.º do DL n.º 360/71, de 21 de agosto, que regulamentava a Lei n.º 2127, de 3 de agosto de 1965, onde se continha uma presunção de culpa da entidade patronal ou do seu representante em caso de acidente devido à

inobservância de preceitos legais e regulamentares, assim como de directivas das entidades competentes, referentes à higiene e segurança no trabalho.

387.<sup>a</sup> Desde a Lei n.º 100/97, de 13 de setembro, deixou de estar consagrada, pelos menos em termos expressos, tal presunção de culpa. A partir de então, face ao desaparecimento da presunção de culpa antes contemplada no diploma de 1971, discutiu-se se era necessária a demonstração da existência de um nexo de causalidade entre a inobservância de referentes à higiene e segurança no trabalho e o dano.

388.<sup>a</sup> A jurisprudência que procedeu à aplicação da Lei n.º 100/97 manifestou-se em termos praticamente unânimes, no sentido da necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre a inobservância das regras de segurança e o acidente.

389.<sup>a</sup> Atualmente, encontra-se consagrado o princípio de acordo com o qual a responsabilidade por acidentes de trabalho é, em regra, objetiva. O empregador responde, independentemente quer da prática de um fato ilícito, quer de uma atuação culposa da sua parte. Deste modo, a responsabilidade por acidentes de trabalho obedece ao *princípio do risco*: sendo o empregador quem auferir os benefícios da atividade do trabalhador, deve igualmente ser quem suporta as eventuais consequências negativas que daí resultem.

390.<sup>a</sup> Não é pacífica a natureza jurídica desta responsabilidade, havendo quem considere que se trata de responsabilidade extracontratual, que apresenta apenas algumas especificidades no âmbito laboral. Outro entendimento possível é o de que não se verificam os pressupostos comuns da responsabilidade civil, por estar ausente o nexo de imputação. Não obstante, este não será já o caso da responsabilidade agravada, prevista no artigo 18.º LAT, que corresponde efetivamente a uma manifestação de responsabilidade civil.

391.<sup>a</sup> A restrição da análise dos acidentes de trabalho à matéria que se relaciona com a responsabilidade obrigacional por fato de outrem implica a análise de duas normas:

- a) O art. 17.º LAT, nos termos do qual o empregador responde, mesmo que o acidente seja causado por outro trabalhador ou por terceiro, ainda que tendo direito de ação contra aqueles, nos termos gerais;
- b) O art. 18.º da LAT, com o título “Agravamento da responsabilidade”, onde se estabelece que quando o acidente tiver sido provocado pelo empregador, seu representante ou entidade por aquele contratada e por empresa utilizadora de mão-de-obra, ou resultar de falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, a responsabilidade individual ou solidária pela indemnização abrange a totalidade dos prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais.

392.<sup>a</sup> A responsabilidade por acidente de trabalho prevista no art. 17.º LAT tem claramente uma função de garantia do pagamento da indemnização e demais efeitos da caracterização como acidente de trabalho: assemelha-se por isso à responsabilidade do comitente, prevista no art. 500.º CC. Para que tal se verifique, basta a verificação de um nexo de causalidade adequada entre o acidente e o dano, não sendo também exigível um nexo de causalidade entre a atividade prestada e o acidente, porquanto:

- e) Por um lado, a lei não exige uma conexão específica entre o acidente de trabalho e a realização da atividade pelo trabalhador;
- f) As extensões ao conceito de acidente de trabalho, previstas no art. 9.º LAT, claramente prescindem de tal nexo;
- g) Há uma possível facilitação do acidente, devido ao conhecimento do local e do horário do trabalhador;



- h) O art. 14.º LAT não considera haver descaracterização em caso de acidente no local e tempo de trabalho não relacionado com a execução da atividade.

393.<sup>a</sup> No caso do art. 18.º da LAT, apesar de a epígrafe referir a atuação culposa do empregador, são três as situações possíveis de aplicação desta norma, sendo que não existe, em todas elas necessariamente, uma imputação a título subjetivo:

- a) Acidente provocado pelo empregador ou resultante do incumprimento, pelo empregador, das regras sobre segurança e saúde no trabalho;
- b) Acidente provocado por representante do empregador ou por entidade contratada pelo empregador, ou resultante do incumprimento, pelo representante ou por entidade contratada pelo empregador, das regras sobre segurança e saúde no trabalho;
- c) Acidente provocado por empresa utilizadora de mão-de-obra, ou resultante do incumprimento, pela empresa utilizadora, das regras sobre segurança e saúde no trabalho.

Assim, enquanto no primeiro caso estamos diante de uma situação diretamente imputável ao comportamento do agente, constituindo, por isso, responsabilidade subjetiva, nas segunda e terceira trata-se de responsabilidade por fato de outrem, independente de culpa.

394.<sup>a</sup> O art. 18.º LAT é aplicável quer o acidente tenha provindo de dolo, negligência grosseira ou leve por parte do empregador ou da pessoa que, diretamente, provocou o dano.

395.<sup>a</sup> É de reiterar a impropriedade da epígrafe da Secção IV da LAT, que antecede o artigo 18.º. A ideia de “*Agravamento da responsabilidade do empregador*”, dá a entender que se estaria perante um regime excecional de responsabilidade civil, quando, ao invés, o que se verifica é precisamente o

contrário: isto é, a aplicação do regime comum de responsabilidade civil, em que os danos são integralmente ressarcidos.

396.<sup>a</sup> O art. 18.º da LAT identifica-se ainda com os artigos 500.º e 800.º do CC, porquanto estabelece a imputação ao empregador de danos que são da responsabilidade (direta) de pessoas de cuja atuação beneficia e que o próprio empregador, introduziu, de forma voluntária.

397.<sup>a</sup> As decisões da jurisprudência acerca do art. 18.º da LAT suscitam um conjunto de questões que importa analisar:

- g) Não obstante o desaparecimento da presunção de culpa em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho, deve ainda assim presumir-se a culpa do empregador quando tal se verifique?
- h) O art. 18.º/1 LAT contém, atualmente, uma presunção de culpa em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho?
- i) O art. 18.º/1 LAT contém, atualmente, uma ficção de culpa, em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho?
- j) Em caso de inobservância de regras legais de segurança, saúde e higiene no trabalho, é ainda necessário demonstrar a existência de um nexo de causalidade entre essa inobservância e o dano sofrido pelo trabalhador?
- k) É preciso que se verifique a violação de uma específica regra de segurança, higiene ou saúde no trabalho, ou basta a inobservância do dever genérico de prevenção?
- l) O que se pode entender por violação de regras de segurança, higiene e saúde? As regras sobre trabalho de menores, ou a ausência de carteira ou de qualificações profissionais, p.ex., podem integrar este conceito?

398.<sup>a</sup> Atualmente, apesar da minúcia da Lei n.º 102/2009, não se encontra no seu conteúdo uma presunção de culpa, em caso de inobservância de regras de segurança no trabalho, semelhante ao artigo 54.º do DL n.º 360/71.

399.<sup>a</sup> Só se pode falar de acidente provocado, na aceção do artigo 18.º da LAT, se este tiver sido causado pelo empregador, pelo seu representante ou entidade por ele contratada, ou ainda por empresa utilizadora de mão-de-obra, quando estes se encontrem a atuar nessa mesma qualidade.

400.<sup>a</sup> O acidente considera-se causado pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por ele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra quando, relativamente a este, se preencham todos os pressupostos da responsabilidade civil constantes do art. 483.º, n.º 1, do CC: ato ou omissão voluntário; ilicitude; culpa; dano; nexo de causalidade. Acresce que este regime é aplicável independentemente de o empregador ser uma pessoa singular, ou uma pessoa coletiva.

401.<sup>a</sup> O conceito de representante do empregador, para efeitos da LAT, não é necessariamente o mesmo que representante de Direito civil. Trata-se aqui de um conceito amplo de representante, que abrange todas as pessoas físicas que de algum modo atuem em representação do empregador, seja por deterem um mandato específico para esse efeito, seja por agirem sob as ordens diretas do empregador, assumindo assim uma posição superior na escala hierárquica da empresa. Pode verificar-se uma de duas situações:

- c) Delegação de poderes de direção em membro da empresa, por força da normal hierarquia de funções, originando uma situação análoga à dos artigos 500.º e 800.º CC;
- d) Transferência dos poderes de direção para outro empresário (p.ex., cessão de mão-de-obra, trabalho em comum, etc.).

402.<sup>a</sup> Diversamente, quando o acidente for causado por um companheiro de trabalho, mas que não goze de quaisquer poderes de direção delegados pelo empregador, não é de aplicar o artigo 18.º LAT, mas antes, eventualmente, o artigo 17.º LAT. Ainda assim, poderá o empregador responder pela atuação do seu trabalhador, não pela LAT, mas antes pelo regime do Código Civil, caso se preencham os requisitos de aplicação dos artigos 500.º e/ou 800.º.

403.<sup>a</sup> Em caso de acidente provocado por uma entidade contratada pelo empregador, é pressuposto que o empregador tenha introduzido um terceiro na relação laboral, possibilitando-lhe o acesso a condições que lhe permitem causar dano ao próprio trabalhador.

404.<sup>a</sup> Desde 2009 que a lei prevê o agravamento em caso de acidente provocado por empresa utilizadora de mão-de-obra, situação que permite enquadrar o trabalho temporário e a cedência ocasional de trabalhador.

405.<sup>a</sup> Na primeira parte do art. 18.º da LAT, em caso de acidente provocado, a culpa, não sendo presumida atualmente presumida na lei, deverá ser provada pelo lesado, nos termos gerais do n.º 1 do artigo 487.º CC. O mesmo se diga quanto ao nexo de causalidade entre a atuação ilícita e culposa e o dano sofrido pelo trabalhador.

406.<sup>a</sup> Relativamente à segunda parte do art. 18.º da LAT, isto é, ao acidente resultante da falta de observação, pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra, de regras sobre segurança e saúde no trabalho, questiona-se a efetiva utilidade deste regime. A norma parece ser, pelo menos à primeira vista, supérflua em relação ao que já resulta da primeira parte, ou seja, acidente causado pelo empregador, seu representante, empresa por ele contratada ou empresa utilizadora de mão-de-obra.

407.<sup>a</sup> O único conteúdo útil que parece ser possível retirar da especial menção à falta de observação das regras de segurança e saúde no trabalho será, em abstrato:

- d) Considerar que a lei pretende consagrar uma presunção de culpa em caso de falta de observação de regras de segurança e saúde no trabalho;
- e) Um objetivo didático, no sentido do reforço dos deveres de prevenção;
- f) A simples manutenção de uma expressão que, há largos anos, tem vindo a ser consagrada nas sucessivas LAT.

Contudo, as presunções de culpa são excecionais, em face do artigo 487.º, n.º 1, do Código Civil, sendo inadmissível que o legislador estabelecesse aqui uma presunção em termos dúbios.

408.<sup>a</sup> O entendimento de significativa parte da jurisprudência relativamente ao artigo 18.º da LAT 1997 (que, nesta parte, se não distancia do artigo 18.º da atual LAT), parece ir no sentido da desnecessidade da demonstração da culpa do empregador (ou do seu representante, entidade por ele contratada ou empresa utilizadora de mão-de-obra) em caso de inobservância de regras de segurança, higiene e saúde no trabalho.

409.<sup>a</sup> Ao invés, consideramos que a menção especial à falta de cumprimento das regras de segurança e saúde no trabalho se compreende devido a uma preocupação do legislador, no sentido da prevenção dos acidentes de trabalho. No entanto, dela não se pode retirar uma presunção de culpa nem tão-pouco uma dispensa do ónus da demonstração da existência de nexo de causalidade entre a inobservância das regras sobre higiene e segurança no trabalho e o dano sofrido pelo trabalhador.



## BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Clerk & Lindsell on Torts*, Fourteenth edition, Londres, Sweet & Maxwell, 1975

AAVV, *Constituição Anotada*, LUÍSA NETO / ANABELA LEÃO (Coordenação), Porto, Edição policopiada, 2006

AAVV, *Leis do Arrendamento Urbano*, Coordenação de António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2014

AAVV, *Responsabilidade Civil por Actos e Omissões dos Capitães e Tripulantes dos Navios de Comércio*, em *Boletim Nacional da Marinha Mercante*, N.º 12, 1963, pp. 37-47

AAVV, *Responsabilità*, em *Nuovo Digesto Italiano*, XVIII, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1939, pp. 438-462

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *Direito do Trabalho. Ensaio*, Lisboa, Edições Cosmos, 1995

- *Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdão – a caminho de um Direito do Trabalho Europeu?*, em *Questões Laborais*, N.º 16, Ano VII, 2000, pp. 161-175

- *Direito do Trabalho (Relatório)*, Lisboa, 2003

- *A excepção de não cumprimento do contrato*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, - *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1981, pp. 3-60

- *Da empresarialidade (As empresas no Direito)*, Coimbra, Almedina 1999 (reimpressão da edição de 1996)

- *Curso de Direito Comercial*, Vol. II – Das Sociedades, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2011

- *Responsabilidade civil de gerentes e administradores em Portugal*, em *Questões de Direito societário em Portugal e no Brasil*, Coordenação de Fábio Ilhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 131-158

- *Curso de Direito Comercial (Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos)*, Volume I, 9.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013

ABREU, LUÍS VASCONCELOS, *Responsabilidades disciplinar e civil dos funcionários e agentes da Administração Pública e responsabilidade civil desta última perante terceiros pelos actos dos seus funcionários e agentes*, em AAVV, *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume 5, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Verbo, 2005, pp. 519-538

ALARCÃO, RUI DE, *Breve motivação do Anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, Lisboa, 1964

- *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1977-78



- *Direito das Obrigações*, Texto elaborado pelos Drs. J. de Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º Ano Jurídico, Coimbra, 1983

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *A representação voluntária em Direito Civil (ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra, Almedina, 2004

- *A responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, Coimbra, Almedina, 2006

ALBUQUERQUE, PEDRO DE / MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Volume II – Contrato de empreitada, Coimbra, Almedina, 2012

ALBUQUERQUE, RUI DE / MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, Vol. 1, 12.ª edição, Lisboa, Pedro Ferreira, 2005

ALBUQUERQUE, RUY DE, *História do Direito Português*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Ano XXVI, pp. 105-256

ALEGRE, CARLOS, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, Regime Jurídico Anotado, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, *Direitos Fundamentais. Introdução geral*, Estoril, Principia, 2007

ALFF, RICHARD / WERNER BALHAUS / REINHOLD WEBER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des*

*Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, Band II, 1. Teil, §§ 241 – 413, Berlim / Nova Iorque, Walter de Gruyter, 1976*

ALLARA, MARIO, *Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Volume XXVII, 1929, Parte Prima, pp. 410-427

- *Delle obbligazioni*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1939

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. II – Valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2013

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Negócio jurídico de consumo. Caracterização, fundamentação e regime jurídico*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 347, Junho de 1985, pp. 11-38

- *Os contratos civis de prestação de serviço médico*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 79-120

- *Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o Direito Português vigente*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 109-120

ALMEIDA, J. C. MOITINHO DE, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, em *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, 1972, pp. 327-355

ALPA, GUIDO, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, em AAVV, *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 209-226

ALVES, HUGO RAMOS, *Da limitação da responsabilidade do transportador na Convenção de Bruxelas de 1924*, Coimbra, Almedina, 2008

- *Em tema de direitos dos passageiros no contrato de transporte aéreo*, em AAVV, *Estudos de Direito Aéreo*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 297-318

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de trabalho*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2013

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, em AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, LEX, 1991, pp. 123-131

- *História das Ideias Políticas. Aparentamentos*, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 1997

- *História das Ideias Políticas*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 1998

AMARAL, FRANCISCO, *Responsabilidade Civil*, em AAVV, *Pólis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Volume 5, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Verbo, 2005, pp. 498-512

AMBIALET, JANINE, *Responsabilité du fait d'autrui en Droit Médical*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Lições de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011

- *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa*, em *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 447-469

- *A justiça administrativa (Lições)*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2014

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II – Fato jurídico, em especial o negócio jurídico, Coimbra, Almedina, 1960

- *Teoria geral das obrigações*, 3.<sup>a</sup> edição, com a colaboração de Rui de Alarcão, Coimbra, Almedina, 1966

ANRYS, HENRI, *La responsabilité civile médicale*, Bruxelas, Maison Ferdinand Larcier Editeurs, 1974

ANTHERO, ADRIANO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume I, Porto, Typographia «Artes & Letras», 1913

- *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, Volume II, Porto, Typographia «Artes & Letras», 1915

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009

- *Os contratos de intermediação financeira*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, Coimbra, 2009, pp. 277-319

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> edizione, Nápoles, Nicola Jovene & C. Editori, 1933

- *Istituzioni di Diritto Romano*, Quattordicesima edizione, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Noveve, 1994

ARCHI, GIAN GUALBERTO, *L'«Epitome Gai». Studio sul tardio Diritto Romano in Occidente*, Milão, Antonino Giuffrè, 1937

ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO, *El régimen jurídico del transporte marítimo de mercancías en España. Líneas generales*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). *O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 93-142

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil. Reais*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 1993

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I – Introdução. As Pessoas. Os bens, Lisboa, 1996

- *Direito civil e Direito do consumidor*, em *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, N.º 53, pp. 9-26

- *Introdução à Ciência do Direito*, 3.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro / São Paulo / Recife, Renovar, 2005

- *Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso*, Separata de *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 255-280

- *O “abuso do direito” e o art. 334 do Código Civil: uma recepção transviada*, Separata de *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 607-631

- *Jurisprudência constitucional portuguesa sobre propriedade privada*, em AAVV, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, Coimbra editora, 2009 pp. 399-417

- *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. L, N.ºs 1 e 2, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 9-31

- *A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuém Henrique Mesquita*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 205-230

- *Direito industrial e consumidor*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 193-208

- *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2013

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA / MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, em *Revista de Direito e Economia*, N.ºs 16 a 19, 1990 a 1993, pp. 43-77

ASTUTI, GUIDO, *Obbligazioni (dir. interm.)*, em AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, *Obbligazioni – Omicidio*, Milão, Giuffrè Editore, 1979, pp. 78-133

- *I contratti obbligatori nella storia del Diritto Italiano. Parte generale*, Volume Primo, Milão, Giuffrè Editore, 1952

ATIIYAH, PATRICK SELIM, *Vicarious liability in the law of torts*, Londres, Butterworths, 1967

AUBERT, JEAN-LUC, *La responsabilité civile des notaires*, 5ème édition, Paris, Defrénois, 2008

ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 181-237

- *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, Lisboa, 2012

- *A responsabilidade do “representado” na representação tolerada. Um problema de representação sem poderes*, Lisboa, AAFDL, 2008

- *Regime e natureza jurídica da administração conjugal “de fato”*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 673-740

- *Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 157-199

AURELIANO, NUNO, *O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do Direito privado português*, Coimbra, Almedina, 2009

- *Regime e natureza jurídica da administração conjugal “de fato”*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 673-740

BACCIGALUPI, MARIO, *Appunti per una teoria del subcontratto*, em *Rivista del Diritto Commerciale*, Volume XLI, Parte Prima, 1943, pp. 181-200

BALLERSTEDT, KURT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 151. Band, 1950/1951, pp. 501-531

BAPTISTA, JOÃO VALBOM, *O contrato de expedição*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes II*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 130-308

BARASSI, LODOVICO, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, em *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Nuova Serie, Vol. III (dell'intera collezione Vol. LXII), pp. 74-401

- *Le Obbligazioni. Con speciale riguardo ai contratti*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1934

- *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial a mezzo di animali*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, pp. 379-420

BARATA, CARLOS LACERDA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lisboa, LEX, 1994

- *Contrato de mediação*, em AAVV, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Volume I, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2002, pp. 185-232

- *Contratos de transporte terrestre: formação e conclusão*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, II/III, Lisboa, Abr.-Set. 2013, pp. 619-668

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 559-576



BECQUÉ, ÉMILE, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Contribution a l'étude du droit comparé des obligations*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Treizième, Année 1914, pp. 231-320

BECKER, WALTER G., *Das Recht der unerlaubten Handlungen*, Berlim, Duncker & Humblot, 1976

BECKER-EBERHARD, EKKEHARD, *Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesekeing, 1993

BÉGUIN, PAUL, *La responsabilité de l'amende pour autrui*, Paris, Jouve et Cie. Éditeurs, 1920

BENATTI, FRANCESCO, *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do Direito Italiano e do Português)*, Tradução de Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra, Almedina, 1970

BENUCCI, EDUARDO BONASI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Jose M.<sup>a</sup> Bosch, 1958

BERNARDES, RICARDO, *A problemática da culpa na responsabilidade obrigacional no DCFR*, em *Revista O Direito*, Ano 145.<sup>o</sup>, 2013, I-II, pp. 251-307

- *A conduta do transportador impeditiva da limitação de responsabilidade no Direito marítimo*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes II*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 444-501

BETTI, EMILIO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, Ristampa inalterata della seconda edizione, Pádua, Cedam, 1947

- *Teoria Generale delle Obbligazioni, I – Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1953

- *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955

BEVILAQUA, CLOVIS, *Direito das obrigações*, Baía, Livraria Magalhães, 1910

BEZZOLA, ANDREA GIACOMO, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation (Art. 101 C.O.)*, Genebra, Imprimerie A. Mayor, 1937

BIANCA, C. MASSIMO, *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto – Delle Obbligazioni. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1228-1229*, Seconda Edizione, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1979

BIROCCHI, ITALO / UGO PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (dir. interm.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè Editore, 1988, pp. 1060-1072

BITTNER, CLAUDIA / MANFRED LÖWISCH / HANSJÖRG OTTO, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)*, 16. Neubearbeitung, SELLIER – DE GRUYTER, 2009

BONFANTE, PIETRO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Xa. Edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 1966

BRAGA, ARMANDO, *Compra e venda de coisas defeituosas. A venda de coisas defeituosas no Código Civil. A venda de bens de consumo*, Porto, Vida Económica, 2005

BRANCO, JOÃO RICARDO, *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*, em *Temas de Direito dos Transportes I*, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 293-386

BRASIELLO, UGO, *Obbligazione (Diritto Romano)*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume Undicesimo, pp. 554-570

BRITO, MARIA HELENA, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990

BRITO, PEDRO MADEIRA DE, *Contrato de trabalho da Administração Pública e sistema de fontes*, Lisboa, 2010

BRÜGGEMEIER, GERT, *Die Haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 191, 1991, pp. 470-474

BRUN, ANDRÉ, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931

BRUN, ANDRÉ / HENRI GALLAND, *Droit du Travail*, 2ème edition, Tome 1 – Les rapports individuels de travail, Paris, Sirey, 1978

- *Droit du Travail*, 2ème edition, Tome 2 – Les rapports collectifs de travail, Paris, Sirey, 1978

BRY, GEORGES, *Principes de Droit Romain*, Cinquième edition, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911

BUCKLAND, W. W., *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge, University Press, 1928

- *The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University Press, 1970

BUCKLAND, W. W. / ARNOLD D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Cambridge, University Press, 1965

CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011

CAEMMERER, ERNST VON, *Verschulden von Erfüllungsgehilfen*, em *Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, VVW, 2004, pp. 33-41

CAETANO, MARCELLO, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, Coimbra editora, 1962

- *Manual de Direito Administrativo*, 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 1984

- *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1996

- *História do Direito Português (Sécs. XII – XVI). Seguida de Subsídios para a História das Fontes do Direito em Portugal no Séc. XVI*, 4.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Verbo, 2000

CALABRESI, GUIDO, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Tradução de Joaquim Bisbal, Barcelona, Editorial Ariel, 1984

CALASSO, FRANCESCO, *Lezioni di Storia del Diritto Italiano. Le Fonti del Diritto (Sec. V – XV)*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1948

CALLE, E. GOMEZ, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, em *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV – Pro-Zon, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 5955-5959

CAMAS RODA, FERRÁN, *La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo*, em *La Responsabilidad Civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ediciones Cinca, 2013, pp. 19-84

CAMPOS, DIOGO DE LEITE, *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra, Almedina, 1980

CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Haftung Dritter aus positive Forderungsverletzung*, em *Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung*, 1965, Heft 5 (A), pp. 114-118

- *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, em *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23.April.1983*, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1983, pp. 27-110

- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Tradução de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

- *A transposição da Directiva sobre compra de bens de consumo para o Direito Alemão*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, N.º 3, 2001, pp. 49-434

- *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003

CANOTILHO, J. J. GOMES / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2007

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010

CARAVELLI, CASIMIRO, *Per una nuova costruzione della responsabilità pel fatto altrui*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Nuova Serie, Anno XIII, 1938, XVI, pp. 160-170

CARBONNIER, JEAN, *Droit civil*, Vol. 2: Les biens. Les obligations, Paris, PUF - Quadrige, 2004

CARDILLI, RICCARDO, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, Milão, Giuffrè Editore, 1995

CARVALHO, ANTÓNIO NUNES DE, *Responsabilidade civil do empresário e greve*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII (I da 2.<sup>a</sup> Série), N.º 3, pp. 367-421

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA, *As perplexidades suscitadas pelas regulamentação positiva de uma figura não inovadora: o contrato de trabalho celebrado com pluralidade de empregadores*, em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 87, Setembro-Dezembro de 2010, Coimbra, Coimbra editora, pp. 45-84

- *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho. Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*, Coimbra, Coimbra editora, 2011

CARVALHO, JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais. Legislação anotada*, Lisboa, Livraria Petrony, 1980

CARVALHO, ORLANDO DE, *A Teoria Geral da Relação Jurídica – Seu sentido e limites*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Centelha, 1981

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Coordenação de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA, Coimbra, Coimbra editora, 2012

- *Direito das Coisas*, Coordenação de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES / MARIA RAQUEL GUIMARÃES / MARIA REGINA REDINHA, Coimbra, Coimbra editora, 2012

CARVALHO, PAULO MORGADO DE, *Um olhar sobre o actual regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais: benefícios e desvantagens*, em *Questões Laborais*, Ano X, N.º 21, 2003, pp. 74-98

CARVALHO, PEDRO NUNES DE, *A responsabilidade do comitente*, Lisboa, AAFDL, 1990

- *Dos Contratos. Teoria geral dos contratos. Dos contratos civis em especial*, Lisboa, Universidade Lusíada, 1991

CARVALHO, PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE, *Omissão e dever de agir em Direito civil. Contributo para uma teoria da responsabilidade civil por omissão*, Coimbra, Almedina, 1999

CAUPERS, JOÃO, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Âncora Editora, 2009

CHIRONI, G. P., *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Colpa contrattuale, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1897

- *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume I – Colpa extra-contrattuale, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1903

- *La colpa nel Diritto Civile Odierno*, Volume II – Colpa extra-contrattuale, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1906

*Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Volume II, 2.<sup>a</sup> edizione, Milão / Torino / Roma, Fratelli Bocca Editori, 1912

CIAN, GIORGIO / ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, 5.<sup>a</sup> edizione, Milão, Cedam, 1997

COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra editora, 1955

- *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, Almedina, 1999

COELHO, FRANCISCO PEREIRA / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Volume I – Introdução. Direito matrimonial, 3.<sup>a</sup> edição, Com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Coimbra editora, 2003

COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO, *Da responsabilidade civil baseada no conceito da culpa*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1906

- *A responsabilidade civil do transportador nos transportes aéreos e a validade das cláusulas de irresponsabilidade por acidentes ocorridos às pessoas*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ano X, 1926-1928, pp. 554-582



- *Um tipo novo de responsabilidade civil – ou – A indenização de fantásticos danos... por fatos de terceiros*, Cacilhas, Tipografia Mesquita, 1936

- *Direito Civil (Obrigações)*, Prelecções dirigidas ao Curso de 1939-1940 pelo Exmo. Prof. Senhor Doutor JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO e coligidas pelo aluno da Faculdade de Direito Augusto de Sá Vianna Rebello, Lisboa, 1939

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A Constituição patrimonial privada*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, Volume III, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, pp. 365-438

- *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, N.º 357, Lisboa 1987, pp. 5-69

- *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1988, pp. 9-293

- *Estudos de Direito Civil*, Volume I. – O contrato-promessa nas Reformas de 1980 e de 1986. – O cumprimento e o não cumprimento das obrigações. – Problemas de Direitos reais, Coimbra, Almedina, 1994

- *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1997

- *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, LEX, 1997

- *Manual de Direito do Trabalho. Dogmática básica e princípios gerais. Direito Colectivo do Trabalho. Direito Individual do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1997 (reimpressão da edição de 1994)

- *Da modernização do Direito Civil, I Volume (Aspectos Gerais)*, Coimbra, Almedina, 2004
  
- *A representação no Código Civil: sistema e perspectivas de reforma*, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra editora, 2004, pp. 393-422
  
- *Do Direito Privado como Direito Comum Português*, em *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 103-129
  
- *Introdução ao Direito dos Transportes*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, Volume I, disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72384](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72384)
  
- *Introdução ao Direito dos Transportes*, em AAVV, *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 5-40
  
- *Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações*, Tomo I – Introdução. Sistemas e Direito Europeu das Obrigações. Dogmática Geral, Coimbra, Almedina, 2009
  
- *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, Coordenação de António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2009
  
- *A responsabilidade civil do Estado*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 883-920

- *Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações, Tomo III – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2010
  
- *Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações, Tomo IV – Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção das garantias*, Coimbra, Almedina, 2010
  
- *Tratado de Direito Civil Português, Volume IV – Pessoas*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2011
  
- *Tratado de Direito Civil Português, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012
  
- *Tratado de Direito Civil Português, Tomo VI – Direito das Obrigações. Introdução. Sistemas e Direito europeu. Dogmática geral*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012
  
- *Manual de Direito Comercial*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012
  
- *Tratado de Direito Civil Português, II – Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2014
  
- *Tratado de Direito Civil Português, VII – Direito das Obrigações. Contratos. Negócios Unilaterais*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpressão da 1.<sup>a</sup> edição do Tomo II da Parte II de 2010)
  
- *Direito Bancário*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2014

CORDEIRO, CATARINA PIRES, *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, em *Revista O Direito*, Ano 137.º, 2005, I, pp. 81-136

CORREIA, A. FERRER, *A procuração na teoria de representação voluntária*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XXIV (1948), pp. 253-293

- *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, LEX, 1994

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987

- *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 529-565

CORTESANI, GIUSEPPE, *La responsabilità nel Diritto Aereo*, Torino, Fratelli Bacca, Editori, 1929

COSTA, INÊS ALMEIDA, *O nexo de causalidade e o problema da causa virtual. À luz do actual Código Civil Português*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 839-895

COSTA, JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA, *Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 501-520

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Introdução ao estudo do Direito e elementos de Direito civil*, Coimbra, 1967

- *Temas de História do Direito*, Coimbra, Separata do Vol. XLIV (1968) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1970

- *Apontamentos de História do Direito*, Coimbra, 1980

- *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1981*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.º 3713, Ano 116.º, pp. 251-256

- *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1981*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.º 3714, Ano 116.º, pp. 276-279

- *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, Coimbra editora, 1994

- *Noções Fundamentais de Direito Civil*, com a colaboração de António Alberto Vieira Cura, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009

- *A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 521-530

- *História do Direito Português*, 5.ª edição, Com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina, 2012

- *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013

COTTINO, GASTONE, *Corte di Cassazione, Sez. II – 18 giugno 1953, n. 1841*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano LII, Parte Seconda, 1954, pp. 91-98

COVIELLO, NICOLA, *La responsabilità senza colpa*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XXIII, Fascicolo I, 1897, pp. 188-216

CRISÓSTOMO, JOAQUIM, *Aspectos doutrinários do Código da Estrada sob o ponto de vista da responsabilidade objectiva*, Nono Volume, Primeira Parte, Lisboa, Imprensa Lucas & C.<sup>a</sup>, 1934

CRISTOBAL-MONTES, ANGEL, *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970

CRUZ, SEBASTIÃO, *Direito Romano (Ius Romanum)*, I – Introdução. Fontes, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, 1984

CUNHA, PAULO, *Direito das Obrigações*, Tomo I – Introdução. Cap. I: Os Sujeitos, pelos Alunos Maria Luísa Coelho Bártholo e Joaquim Marques Martinho, Lisboa, Raul G. Marques, 1937-1938

- *Direito das Obrigações*, Tomo II, Cap. II: O Objecto, pelos Alunos Margarida Pimentel Saraiva e Orlando Garcia-Blanco Courrège, Lisboa, Imprensa Baroeth, 1938-1939

- *Direito das Obrigações*, O Objecto da Relação Obrigacional, pelo Aluno Orlando Courrège, Lisboa, 1943

- *Direito das Obrigações*, Tomo III – O Fato Jurídico na Relação Obrigacional, pelo Aluno Orlando Courrège, Lisboa, 1943

CURA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA, *Direito romano e história do Direito português*, 2.<sup>a</sup> edição, com a colaboração de David Magalhães, Coimbra, Coimbra editora, 2013

D'ALESSIO, WANDA, *Diritto dei Trasporti*, Milão, Giuffrè Editore, 2003

DANIELS, JÜRGEN, *Probleme des Haftungssystems bei stationärer Krankenbehandlung*, em *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 8, 1972, pp. 305-309

DE CUPIS, ADRIANO, *I fatti illeciti*, Seconda edizione, Milão, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1970

DE ROBERTIS, FRANCESCO M., *Spunti di responsabilità obbiettiva nel Diritto Post-Classico*, em AAVV, *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, Volume Quarto, Milão, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1956, pp. 409-419

- *Responsabilità contrattuale (dir. rom.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè, 1958

- *Problema della responsabilità contrattuale*, em AAVV, *Studi in Onore di Biondo Biondi*, I, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pp. 375-394

DELMERE, JOHANNES, *Der Erfüllungsgehilfe in § 278 BGB. Ein Beitrag zum Grund und zu den Voraussetzungen der Haftung für Hilfspersonen im Rahmen von Schuldverhältnissen*, Bochum, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1989

DEMOGUE, RENÉ, *De la réparation civile des délits (Étude de Droit et de Législation)*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1898

- *Traité des Obligations en général*, I – Sources des Obligations (Suite), Tome III, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923

DEMOLOMBE, C., *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Tome Huitième – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Paris, A. Lahure, Imprimeur-Éditeur, s.d.

DERNBURG, ARRIGO, *Diritto delle Obbligazioni*, Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cigala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903

DIÓSDI, GY., *Contract in Roman Law. From de Twelve Tables to the Glossators*, Budapeste, Akadémiai Kiadó, 1981

DOMAT, M., *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel; Le Droit Public, et Legum Delectus*, Tome Premier, Paris, Chez Knapen, 1777

D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Octava edición, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991

D'ORS, A. / P. FUENTESECA F. HERNANDEZ-TEJERO / M. GARCIA-GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, Tomo I – Constituciones, Preliminares y Libros 1 – 19, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968

DRAY, GUILHERME, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 75-105

DUARTE, PAULO, *O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito*, em AAVV, *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 409-437



DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000

DUCOS, MICHÈLE, *L'influence grecque sur la Loi des Douze Tables*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978

ENGISH, KARL, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

ENNECCERUS, LUDWIG / HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Volumen Primero – Doctrina General, Barcelona, Bosch, 1933

- *Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo – Doctrina Especial, Barcelona, Bosch, 1935

ESMEIN, PAUL, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Trente-Deuxième, 1933, pp. 627-692

- *Traité pratique de Droit Civil Français*, MARCEL PLANIOL/ GEORGES RIPERT, Tome VI – Obligations, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952

ESSER, JOSEF / EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2 – Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, 8.<sup>a</sup> edição, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Para uma comparação entre a empreitada civil e as empreitadas celebradas por entidades públicas*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997

- *A fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1996

- *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003

FACIO, JORGE PEIRANO, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, Barreiro Y Ramos, S.A., 1954

FALZEA, ANGELO, *Apparenza*, em AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, II, Ali – Are, Milão, Giuffrè Editore, 1958, pp. 682-701

FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, Primeiro Volume, Coimbra, Almedina, 1987

- *Direito das Obrigações*, Segundo Volume, Coimbra, Almedina, 1990

- *Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do Direito Alemão*, em *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Coordenação de Maria Paula Ribeiro de Faria e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Porto, Universidade do Porto, 2009, pp. 201-297

- *A natureza do direito de indemnização cumulável com o direito de resolução dos artigos 801.º, e 802.º do Código Civil*, em *Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria. In Memoriam. Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, Coordenação de Maria Paula Ribeiro de Faria e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Porto, Porto editorial, 2009, pp. 25-64

FARIA, RITA LYNCE DE, *A mora do credor*, Lisboa, LEX, 2000

FELIU, JOSEP SOLÉ, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Madrid, Editorial Reus, 2012

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Da subempreitada*, em *Revista Direito e Justiça*, Volume XII, Tomo I, 1998, pp. 79-101

- *Teoria Geral do Direito Civil*, II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001

- *Teoria Geral do Direito Civil*, I – Introdução. Pressupostos da relação jurídica, 5.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009

- *Lições de Direitos Reais*, 6.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Quid Juris, 2010

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Quid Juris, 2013

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / PAULO OLAVO DE PITTA E CUNHA, *Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação do negócio jurídico*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, II, Lisboa, Abril de 1997, pp. 693-719

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO, *Sistema contractual romano*, Madrid, Dykinson, 2003

FERRARA, FRANCESCO, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, em *Archivio Giuridico*, Nuova Serie, Volume XI, Fasc. 3, 1903, pp. 401-526

FERRARA, LUIGI CARIOTA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato Italiano*, s.l., A. Morano Editore, 1940

FERREIRA, DURVAL A. FONSECA E CASTRO, *Do mandato civil e comercial. O gerente de sociedades. Na lei (novo Código Civil). Na jurisprudência e na doutrina. No Direito Comparado*, Vila Nova de Famalicão, Edição do Autor, 1967

FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código Civil Portuguez Annotado*, Segunda edição, Volume II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895

- *Código Civil Portuguez Annotado*, Segunda edição, Volume III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1902

- *Código Civil Portuguez Annotado*, Segunda edição, Volume IV, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1905

FERREIRA, JOSÉ EUGENIO, *Commentario ao Direito Constitucional Português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Depósito bancário. Simulação, Falsificação, Burla*, em *Scientia Iuridica*, Tomo XIX, 1970, pp. 246-314

FLATTET, GUY, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1950

FONTAINE, MARCEL, *The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010*, em *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, Vol. XVI, 2011-3, pp. 549-562

FORCHIELLI, PAOLO, *Responsabilità Civile. Lezioni*, III, Pádua, Cedam, 1970

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *A responsabilidade obectiva por fato de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*, em *Revista*

*Direito e Justiça*, 2.º dos Volumes Comemorativos dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do seu Curso de Direito, pp. 297-311

- *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994

- *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997

- *“Vinho novo em odres velhos”? A responsabilidade civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos*, em *Direito da Sociedade da Informação*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2001, pp. 7-32

- *O problema e os limites da responsabilidade dos auditores*, em *Direito e Justiça*, Volume XVI, 2002, Tomo I, pp. 159-169

- *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004

- *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II, Lisboa, Setembro de 2006, pp. 653-702

- *Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes em auto-estradas*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 827-850

FRAGA, FRANCISCO JORDANO, *Da responsabilidade del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, Editorial Civitas, 1994

FRAGALI, MICHELE / PAOLO D'ONOFRIO / FERDINAND SALVI / GIUSEPPE BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, Libro Quarto – Delle

Obbligazioni, Art. 1960-1991, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1963

FRANCO, JOÃO AUGUSTO PACHECO E MELO, *Acidentes de trabalho e doenças profissionais*, em AAVV, *Direito do Trabalho*, Boletim do Ministério da Justiça (Suplemento), Lisboa, 1979, pp. 55-96

FRANZKI, HARALD, *Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger*, em *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 12, 21.März.1990, pp. 737-743

FREIRE, PASCOAL JOSÉ DE MELO, *História do Direito Civil Português*, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 173, Fevereiro, 1968, pp. 45-110

- *História do Direito Civil Português (continuação)*, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 174, Março, 1968, pp. 5-62

- *História do Direito Civil Português (continuação)*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, Tradução de Miguel Pinto de Menezes, N.º 175, Abril, 1968, pp. 45-112

FREITAS, LEBRE DE / FERREIRA GOMES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, s.d.

FREZZA, PAOLO, *Receptum*, em AAVV, *Nuovo Digesto Italiano*, MARIANO D'AMELIO (Org.), Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1939, pp. 1-2

FUNAIOLI, G. B., *Corte di Cassazione – 5 agosto 1940*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Volume XXXIX, 1941, Parte Seconda, pp. 127-131

GALVÃO, SOFIA DE SEQUEIRA, *Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no Direito Civil Português. A propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990

GASPAR, ANTÓNIO SILVA HENRIQUES, *A responsabilidade civil do médico*, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, 1.º Volume, 1978, pp. 335-355

GEIBEL, STEFAN J., *La Réforme du Droit des Obligations en Allemagne*, em *Themis*, Edição Especial (2008) – Código Civil Português. Evolução e Perspectivas Actuais, pp. 81-94

GENY, FR., *Risques et responsabilité*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Premier, 1902, pp. 812-849

GERI, VINICIO, *La responsabilità civile dell'albergatore*, Milão, Giuffrè Editore, 1972

GIORGI, JORGE, *Teoria de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen V, Madrid, Editorial Reus, 1929

- *Teoria de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen IX, Madrid, Editorial Reus, 1930

GIRARD, PAUL FRÉDÉRIC, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Huitième édition, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929

GODINHO, ADRIANO MARTELETO, *A responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes I*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 86-171

GOMES, CARLA AMADO, *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas [Lei 67/2007, de 31 de Dezembro]*, Lisboa, AAFDL, 2008

- *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Lisboa, AAFDL, 2010

- *ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, em AAVV, *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I – Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 77-92

GOMES, FÁTIMA, *Contratos de intermediação financeira, sumário alargado*, em AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 565-599

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *A gestão de negócios. Um instituto jurídico numa encruzilhada*, Separata do Volume XXXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, pp. 4-303

- *Direito do Trabalho*, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, Coimbra, Coimbra editora, 2007

- *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra, Coimbra editora, 2013

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra, Almedina, 1989



- *Apontamentos sobre o contrato de agência, Separata da Revista Tribuna da Justiça*, N.º 3, 199?, pp. 9-35
  
- *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000
  
- *Apontamentos sobre o contrato de agência, em Revista Tribuna da Justiça*, N.º 3, pp. 9-35
  
- *Apontamentos sobre a garantia de conformidade na venda de bens de consumo, em Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, N.º 43, Setembro de 2005, pp. 11-27
  
- *O contrato de mandato*, Lisboa, AAFDL, 2007
  
- *Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”, em AAVV, I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 367-405
  
- *Introdução às Regras de Roterdão – A Convenção “Marítima-Plus” sobre Transporte Internacional de Mercadorias*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes I*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 7-85
  
- *Sobre a vinculação del credere*, em *Estudos de Direito das Garantias*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 189-232
  
- *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, Coimbra, Almedina, 2010
  
- *Sobre viagens organizadas e “férias estragadas”. Breves notas*, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 387-407

*Contratos Comerciais*, I. Contratos comerciais em geral, II. Contratos bancários, Coimbra, Almedina, 2013

GOMES, ORLANDO, *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, em *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, pp. 69-80

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Da compra e venda no Direito Comercial Português*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 1924

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 1929

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, Coimbra, Coimbra editora, 1932

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VII, Coimbra, Coimbra editora, 1934

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume VIII, Coimbra, Coimbra editora, 1934

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, Coimbra, Coimbra editora, 1935

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, Coimbra, Coimbra editora, 1937

- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume XIII, Coimbra, Coimbra editora, 1939

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Responsabilidade Civil*, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Quid Juris, 2013

GONZALO, MARCO LOPEZ DE, *Operatività e limite delle regole di Diritto uniforme relative al trasporto marittimo*, em AAVV, *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). *O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 79-92

GOUVEIA, JAIME AUGUSTO CARDOSO DE, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, Edição do Autor, 1932

GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de Direito Constitucional*, 5.<sup>a</sup> edição, Volume I, Coimbra, Almedina, 2013

GRASSI, A., *Responsabilità Civile*, em *Il Digesto Italiano, Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Volume XX, Parte Prima, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1911-1915, pp. 1347-1351

GRECO, PAOLO / GASTONE COTTINO, *Commentario del Codice Civile, Della Vendita - Art. 1470 - 1547*, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1964

GROSSO, GIUSEPPE, *Le idee fondamentali del diritto romano*, Seconda edizione, Torino, Eri classe unica, 1958

- *Il sistema romano dei contratti*, Seconda edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, s.d.

- *Problemi generali del diritto attraverso il Diritto Romano*, Seconda edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 1967

GUERRA, L. LÓPEZ, *Responsabilidad contractual (D.º Civil)*, em *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV – Pro-Zon, Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 5922-5955

GUICHARD, RAÚL, *Sobre a distinção entre núncio e representante*, em *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, N.ºs 256/258, Julho / Dezembro, 1995, pp. 317-329

GUILLOUARD, L., *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil*, Tome Premier (Articles 1708 à 1751, et Loi du 5 Janvier 1883), Troisième Édition, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1891

- *Traité du Contrat de Louage. Livre III, Titre VIII du Code Civil*, Tome Second (Articles 1752 à 1831, et Loi du 18 Juillet 1889), Troisième Édition, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1891

HADLEY, JAMES, *Introduction to Roman Law*, New Haven, Yale University Press, 1939

HEINRICHS, HELMUT, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994

HEINSHEIMER, KARL, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach der Deutschen praxis und dem Österreichischen entwurf*, Viena, K. U. K. HOF – UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER, 1913

HIGUERO, BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Madrid, Fundación Registral, 2008

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992

HUBRECHT, GEORGES, *Manuel de Droit Romain*, Tome II – Les Obligations, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1943

HUPKA, JOSEF, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Tradução de Luis Sancho Seral, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930

IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Undécima Edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1994

JAMES, M. A. PHILIP S., *General Principles of the Law of Torts*, Second edition, Londres, Butterworths, 1964

JHERING, R. VON, *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, I – De la faute en Droit Privé, Paris, A. Marescq, 1880

- *Gesammelte Aufsätze. Aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 1 - Ubhandlungen aus den vier ersten Banden der Jahrbücher, Estugarda, Verlag, 1969

JOATTON, POL, *Théorie Générale de la Responsabilité Civile*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1933

JOLOWICZ, H. F., *Historical introduction to the study of Roman law*, Cambridge, University Press, 1954

JORGE, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA, *O mandato sem representação*, Lisboa, Edições Ática, 1961

- *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1975/76

- *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1995

JOSÉ, ROSENDO DIAS, *Responsabilidade civil do construtor de imóveis*, Lisboa, Livraria Petrony, 1981

JOSSERAND, LOUIS, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome Deuxième – Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du Droit Civil. Les sûretés, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930

JÚNIOR, EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*, Lisboa, AAFDL, 2010

JUSTO, A. SANTOS, *Direito Privado Romano – I, Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2003

- *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra editora, 2010

- *Introdução ao Direito*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011

- *Direitos Reais*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011

KANT, IMMANUEL, *A metafísica dos costumes*, Tradução de José Lamago, Lisboa, Fundação Calouste Goubenkian, 2005

KASER, MAX, *Direito Privado Romano*, Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999

KÖTZ, HEIN, *Towards a European Civil Code: the duty of good faith*, em AAVV, *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 242-260

KRBK, FRANZISKA-SOPHIE EVANS-VON, *Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens – oder Sorgfaltspflichtverletzungen?*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 179. Band, 1979, pp. 85-152

KRÜCKMANN, PAUL, *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, em *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Band 59, 1939, pp. 7-30

KRÜGER, WOLFGANG, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Auflage, Leinen, C. H. BECK, 2012

KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del Derecho Romano*, Tradução de Juan Miquel, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1994

KUPISCH, BERTHOLD, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)*, em *Juristische Schulung*, Heft 11, 1983, pp. 817-825

LAGRANGE, M. EUGENIO, *Manual del Derecho Romano*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1889

LARCHER, SARA, *Contratos celebrados através da Internet: garantias dos consumidores contra vícios na compra e venda de bens de consumo*, em *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Lisboa, Volume 2, 2005, pp. 141-253

LARENZ, KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1. Halbband, Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1986

- *Metodologia da Ciência do Direito*, 4.<sup>a</sup> edição, Tradução de José Lamago, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005

LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, Tome vingtième, 3<sup>ème</sup> edition, Bruxelles / Paris, Bruylant-Christophe & Ce., Éditeurs / Librairie A. Marescq, Aîné, 1878

LAWSON, F.H., *Negligence in the Civil Law*, Oxford, At the Clarendon Press, 1950

LEANDRO, ANA ESTELA, *O conceito de acidente de trabalho*, Volume I, Lisboa, 1998

LEE, R. W., *The elements of Roman Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1949

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 2009

- *Direito administrativo dos consumidores*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume VI, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 11-132

- *O contrato de viagem organizada e a protecção do passageiro aéreo*, em AAVV, *Estudos de Direito Aéreo*, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 271-298

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Acidentes de trabalho e responsabilidade civil (A natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual)*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, Dezembro / 1988, pp. 773-843

- *O contrato de sociedade civil*, em *Direito das Obrigações*, Lições coordenadas pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, III Volume, Lisboa, AAFDL, 1990, pp. 87-156



- *O enriquecimento sem causa no Direito civil (Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1996
  
- *Caveat venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime da compra e venda*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 263-303
  
- *A reparação de danos causados ao consumidor no Anteprojecto do Código do Consumidor*, em AAVV, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Volume II, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 65-73
  
- *O novo regime da venda de bens de consumo*, em AAVV, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Volume II, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 37-74
  
- *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2005
  
- *A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho*, em *Temas Laborais (Estudos e Pareceres)*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 7-50
  
- *Direito das Obrigações*, Volume II – Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito, 8.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2011
  
- *Direito da Insolvência*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012
  
- *Garantias das obrigações*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012

- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012

- *Direito do Trabalho*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012

- *Direitos Reais*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013

- *Direito das Obrigações*, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações, 11.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2014

- *Direito das Obrigações*, Volume III – Contratos em Especial, 9.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2014

LEPOINTE, G. / R. MONIER, *Les obligations en Droit Romain et dans l'ancien Droit Français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954

LESER, M. H. G., *L'évolution du contrat en Droit Allemand avec un bref aperçu du Droit Anglais*, em *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 73-96

LIMA, PIRES DE / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume VI (Artigos 2024.º a 2234.º), Coimbra, Coimbra editora, 1998

- *Código Civil Anotado*, Volume II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra editora, 2011

LOBO, DIAS, *Responsabilidade objectiva do empregador por inactividade temporária devida a perigo de lesão à vida e saúde do trabalhador*, Coimbra, Coimbra editora, 1985

LONGO, GIANNETTO, *Manuale Elementare di Diritto Romano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1939

LOPES, ANABELA GOMES, *O artigo 165.º do Código Civil e a posição dos titulares dos órgãos (O regime da responsabilidade civil das pessoas colectivas de Direito Privado)*, Lisboa, 1996

LOPES, FERNANDO RIBEIRO, *Regime legal da prevenção dos acidentes de trabalho*, em AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Almedina, 2001, pp. 581-590

LOPES, LICÍNIO, *Direito administrativo da saúde*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume III, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 225-366

LOPES, MANUEL BAPTISTA, *Do contrato de compra e venda. No Direito civil, comercial e fiscal*, Coimbra, Almedina, 1971

LOOSCHELDERS, DIRK / MARK MAKOWSKY, *Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter*, em *Juristische Arbeitsblätter*, Heft 20/2012, pp. 721-728

LOURENÇO, NUNO CALAIM, *A limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional no transporte de pessoas – de Varsóvia a Montreal*, em AAVV, *Temas de Direito dos Transportes I*, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 385-534

LOURENÇO, PAULA MEIRA, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra editora, 2006

LÜDERITZ, ALEXANDER, *Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen?*, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, Heft 1/2, S.1, pp. 1-8

LUZZATTO, GIUSEPPE IGNAZIO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milão, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1934

MACCORMACK, GEOFFREY, *Culpa in eligendo*, Volume 18 de *Revue internationale des droits de l'antiquite*, 1971, pp. 525-551

MACHADO, J. BAPTISTA, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro”, Coimbra, 1979, pp. 3-71

- *Anotação ao Acórdão de 22 de Abril de 1986*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 121.º, N.º 3767, pp. 81-85

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1990

- *A cláusula do razoável*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, N.º 3758, pp. 137-141

- *A cláusula do razoável*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, N.º 3759, pp. 161-164

- *A cláusula do razoável*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, N.º 3760, pp. 202-204

MADALENO, CLÁUDIA, *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, Coimbra editora, 2008

MADEIRA, ELIANE MARIA AGATI, *A Lei das XII Tábuas*, pp. 1-16, artigo disponível em

[http://www2.faculdadeatual.edu.br/prof\\_andre/direito/artigoleidas12tabuas.pdf](http://www2.faculdadeatual.edu.br/prof_andre/direito/artigoleidas12tabuas.pdf)

MAGALHÃES, J. M. VILHENA BARBOSA DE, *Seguro contra acidentes de trabalho*, I – Da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro, Lisboa, Empresa Lusitana Editora, 1913

MAIORCA, CARLO, *Responsabilità*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè Editore, 1988, pp. 1003-1041

MANCINI, GIUSEPPE FEDERICO, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milão, Giuffrè Editore, 1957

MARCHI, ANTONIO, *Storia e concetto della obbligazione romana*, Roma, Athenaeum, 1912

MARQUES, J. DIAS, *Introdução ao Direito*, Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1994

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994

- *Acidentes de trabalho*, Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1996

- *Responsabilidade Civil do Empreiteiro por danos causados a terceiros na execução da obra*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Volume I, Lisboa, 2000, pp. 785-801

- *Cumprimento Defeituoso. Em especial, na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, Almedina, 2001
  
- *Empreitada de consumo*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 155-194
  
- *Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003*, em AAVV, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Volume II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 11-36
  
- *O Subcontrato*, Coimbra, Almedina, 2006
  
- *Da cessação do contrato*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2006
  
- *Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro*, em *Scientia Iuridica*, Abril – Junho, Tomo LV, N.º 306, 2006, pp. 241-261
  
- *Responsabilidade civil em Direito do Trabalho*, em AAVV, *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Coimbra, Coimbra editora, 2006, pp. 599-652
  
- *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano L, XXIII da 2.<sup>a</sup> Série, Julho-Dezembro – 2009, N.ºs 3-4, pp. 85-116
  
- *Trabalho e Direitos Fundamentais: compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 241-285
  
- *Direito das Obrigações. Programa 2010/2011. Apontamentos*, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa, AAFDL, 2011

- *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 459-486

- *Direito do Trabalho*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013

- *Código do Trabalho Anotado*, 9.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013

- *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2010 (4.<sup>a</sup> reimpressão da edição de 2001)

MARTINEZ, SOARES, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, Verbo, 1978

MARTINS, ELIANE M. OCTAVIANO, *O contrato marítimo internacional de transporte de mercadorias no Direito brasileiro*, em AAVV, *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 321-348

MARTON, G., *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, Librairie du Recueil Sireym 1938

MAURÍCIO, NUNO COSTA, *A responsabilidade do produtor pelos danos causados por produtos defeituosos – Regime legal e implemento na prática forense*, em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, N.º 25, Março de 2001, pp. 9-43

MAZEAUD, HENRY, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome Vingt-Huitième, Année 1929, pp. 551-659

MAZEAUD, HENRY / JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, Tome Deuxième, Premier Volume – Obligations. Théorie Générale, Cinquième Édition, Paris, Montchrestien, 1973

MAZEAUD, HENRY / LÉON MAZEAUD / ANDRÉ TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome premier, Cinquième édition, Paris, Montchrestien, 1957

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*, Tome II, Cinquième édition, Paris, Montchrestien, 1958

MAZZIA, NICOLA, Anotação à sentença da Corte di Cassazione, Sezione III civile, sentenza 4 agosto 1987, em *Il Foro Italiano*, Volume CXI, Anno 1988, pp. 1630-1639

MEDEIROS, RUI, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, Almedina, 1992

- *Acções de responsabilidade. Elementos do regime jurídico e contributos para uma reforma*, Cascais, Principal, 1999

- *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 657-683

MEDICUS, DIETER, *Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, Colónia / Berlim / Bona / Munique, Heymann, 1992

MEDICUS, DIETER / STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, Munique, Verlag C. H. Beck, 2012



- *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2012

MEHREN, ARTHUR T. VON (Chief Editor), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VII – Contracts in general, Part 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004

MEIRA, SÍLVIO A. B., *A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado*, 2.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro / São Paulo, Companhia Editora Forense, 1961

MELLO, ALBERTO DE SÁ E, *Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (breve anotação ao regime do Código)*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, 1989, pp. 519-542

MELO, PEDRO, *O Direito das Obras Públicas*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume VI, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 443-562

MELON INFANTE, CARLOS, *Código Civil Aleman (BGB)*, Barcelona, Bosch, 1955

MELLA MÉNDEZ, LOURDES, *La responsabilidad civil por daños en el Contrato de Trabajo*, em *La Responsabilidad Civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ediciones Cinca, 2013, pp. 161-254

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *História do Direito Romano*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1966

- *História do Direito Romano*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1967

- *Desconhecimento da obrigação e indemnização pelo não cumprimento*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XIX, Janeiro-Dezembro, N.ºs 1-2-3-4, Coimbra, 1974, pp. 1-4

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Edição revista pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa com a colaboração do Mestre Diogo Costa Gonçalves, Lisboa, PF, 2010

MENDONÇA, ESTELITA DE, *Da sublocação*, Coimbra, Almedina, 1972

MENGONI, LUIGI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX – Reazione – Responsabilità, Milão, Giuffrè Editore, 1988, pp. 1072-1099

MENNEMEYER, SIEGFRIED, *Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen*, Gelsenkirchen, Verlag Dr. Mannhold, 1983

MESQUITA, JOSÉ ANDRADE, *Direito do Trabalho*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, AAFDL, 2004

MESSINEO, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, Nona edizione, Volume Terzo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947

- *Il contratto in genere*, Tomo secondo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972

- *Il contratto in genere*, Tomo primo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973

METZLER, EWALD, *Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 159. Band, I. Heft, 1960, pp. 144-161

MICCIO, RENATO, *I diritti di credito*, Volume Primo – Lineamento generali, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1971

MINCKE, WOLFGANG, *Die Akzessorietät des Pfandrechts. Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, Berlim, Duncker & Humblot, 1987

MIRABELLI, GIUSEPPE, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale* (Artt. 1321-1469), Terza edizione, Torino, UTET, 1980

MIRANDA, JORGE, *O regime dos direitos, liberdades e garantias*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, Volume III, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, pp. 41-102

- *Artigo 22.º da Constituição e demandas contra titulares de órgãos, funcionários e agentes*, em *Revista O Direito*, Ano 133.º, 2001, IV, outubro-dezembro, pp. 1003-1009

- *Constituição e Cidadania*, Coimbra, Coimbra editora, 2003

- *O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 485-501

- *As Constituições Portuguesas*, 6.ª edição, Cascais, Principia Editora, 2013

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 1, O Estado e os Sistemas Constitucionais, 10.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2014

MIRANDA, JORGE / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Com a colaboração de Eduardo Paz Ferreira / Manuel Afonso Vaz / Lino

Torgal / António de Araújo / António Rocha Marques / Margarida Menéres  
Pimentel / Miguel Nogueira de Brito, Coimbra, Coimbra editora, 2006

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010

MIRANDA, JOSÉ MIGUEL DE SÁ, *O contrato de viagem organizada*, Coimbra, Almedina, 2000

MONIER, RAYMOND, *Manuel de Droit Romain. Les Obligations*, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, Éditions Domat Montchrestien, 1954

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XXVIII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1985

- *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpressão da edição de 1990)

- *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2002

- *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*, em AAVV, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 281-297

- *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2004

- *As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente*, em AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor*

Luís Alberto Carvalho Fernandes, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 273-309

- *A pena e o dano*, em AAVV, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 659-679

- *Artigo 811º, nº 3, do Código Civil: “requiem” pela cláusula penal indemnizatória?*, em AAVV, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 153-175

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade civil*, em *Revista de Direito e Economia*, Separata do N.º 2 de Julho / Dezembro, 1978

- HANS-LEO WEYERS, *Empfiehl es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A zum 52 Deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978*, C. H. Beck, München, 1978, 124 páginas, em *Revista de Direito e Economia*, Anos VI/VII, 1980/1981, pp. 395-403

- *Estudos sobre a responsabilidade civil*, I – Introdução, II – Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes (propostas de alteração aos artigos 503.º a 508.º do Código Civil e ao Decreto-Lei n.º 408/79, de 25 de Setembro; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito), Coimbra, 1983

- *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989

- *Aspectos particulares da responsabilidade médica*, em AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, LEX, 1991, pp. 133-152

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Crédito aos Consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009

- *A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda*, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 156-170

MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições do Direito Civil Português, Volume Primeiro – Parte Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907

- *Instituições do Direito Civil Português, Volume Segundo – Das Obrigações*, Coimbra, Edição do Autor, 1911

- *Estudo sobre a responsabilidade civil*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 39.º Ano, N.º 1669

MOREIRA, VITAL, *A formação dos “Princípios Fundamentais” da Coonstituição*, em AAVV, *Estudos sobre a Constituição, Volume III*, Coordenação de Jorge Miranda, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, pp. 9-40

MOSCATI, ENRICO, *Obbligazioni naturali*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, *Obbligazioni – Omicidio*, Milão, Giuffrè Editore, 1979, pp. 353-383

MOTA, HELENA, *Do abuso de representação. Uma análise problemática subjacente ao artigo 269.º do Código Civil de 1966*, Coimbra, Coimbra editora, 2001

MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXVII, N.º 1, 1996, pp. 171-217

- *A irrelevância da culpa na Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias*, Lisboa, 1996

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, Lisboa, 1990

- *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, pp. 737-767

- *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, Coimbra editora, 2007

- *O estatuto constitucional dos consumidores*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 479-508

NASCIMENTO, PAULO FERNANDO MODESTO SOBRAL SOARES DO, *A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações e a recusa injustificada de formalização do contrato*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV Volume – *Novos Estudos de Direito Privado*, Coimbra, 2004, pp. 179-262

NATTINI, ANGELO, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milão, Società Editrice Libreria, 1910

NÉRET, JEAN, *Le sous-contrat*, I, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1979

NERSON, *Responsabilité*, em AAVV, *Dictionnaire Général et raisonné, ou Répertoire abrégé de législation, de doctrine et de jurisprudence en matières civile, commerciale,*

*criminelle, administrative et de droit public*, Coordenação de Armand Dalloz / Rolland Villargues, Tome Sixième, Bruxelas, Bruylant-Christophe et Cie., Éditeurs, 1850, pp. 268-290

NESTEROWICZ, MALGORZATA, *Unión Europea y transporte marítimo de mercaderías*, em *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 349-366

NETO, ABÍLIO, *Código do Trabalho e Legislação Conexa Anotados*, Coimbra, Coimbra editora, 2003

NETO, ABÍLIO / MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Obrigações. Aditamentos à Teoria geral das obrigações de Manuel de Andrade*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 1964

NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra editora, 1993

- *Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil, de Guilherme Moreira*, em *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, Volume 1.º, Coimbra, Coimbra editora, 1995, pp. 475-482

- *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2003

- *Pessoa, direito e responsabilidade*, em *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, sua metodologia e outros*, Volume 3.º, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 129-160



NICOLAI, N., *Responsabilità, em Il Digesto Italiano, Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Volume XX, Parte Prima, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1911-1915, pp. 1296-1299

NORONHA, FERNANDO, *Direito das Obrigações*, 4.<sup>a</sup> edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013

NOVAIS, JORGE REIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Lisboa, 2002

- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra editora, 2011

- *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra editora, 2012

OCAMPO, LUIS MOUTÓN Y, *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, Imprensa «La Editora», 1911

OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO DE, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, N.º 3815, pp. 33-34

- *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125.º, N.º 3816, pp. 72-73

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Deveres de protecção em relações obrigacionais*, em *Scientia Iuridica*, Setembro-Dezembro, 2003, Tomo LII, N.º 297, pp. 495-523

- *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra editora, 2011

OSTI, GIUSEPPE, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, em *Rivista di Diritto Civile*, Ano X, 1918, pp. 313-360

OTERO, PAULO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I Vol. (1.º Tomo), Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1998

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I Vol. (2.º Tomo), Lisboa, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, 1999

- *Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por fato ilícito*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 965-985

- *Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional*, em AAVV, *35º aniversário da Constituição de 1976*, Lisboa, 2012, pp. 37-55

PACCHIONI, JUAN, *Manual de Derecho Romano*, Vol. I, Tradução de Isidoro Martin Martinez e Antonio Reverte Moreno, Valladolid, Libreria Santaren, 1942

- *Manual de Derecho Romano*, Vol. II, Tradução de Isidoro Martin Martinez e Antonio Reverte Moreno, Valladolid, Libreria Santaren, 1942

PAILLET, MICHEL, *La faute du service public en Droit Administratif Français*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980

PAIVA, RAFAEL AUGUSTO DE MOURA, *O consumidor-viajante e as regras do consumo turístico: uma clara visão do mundo ou um mero olhar no espelho de casa?*, em *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 439-461

PASQUERA, FILIPPO, *Fatto Altrui (Responsabilità per)*, em *Nuovo Digesto Italiano*, Volume XVI, Torino, Editrice Torinese, 1938, pp.

PAOLI, UGO ENRICO, *Deposito*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo V, Terza edizione, Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1960, pp. 494-495

PEARCE, BOND, *Vicarious liability for clubs in off the ball situations*, artigo disponível em [www.playthegame.org](http://www.playthegame.org)

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra editora, 2008

PELLEGRINI, FRANCESCO, *Responsabilità*, em *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, XVIII, 1939, pp. 438-447

PERA, GIUSEPPE, *Scopiero*, em AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Rivendicazione - Separazione, Milão, Giuffrè Editore, 1989, pp. 699-728

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Policopiado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012

PEREIRA, MANUEL GONÇALVES, *Da responsabilidade por fato de outrem*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1944

PEROZZI, SILVIO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume I - Introduzioni - Diritto della persone - Le cose e i diritti sulle cose - Il possesso, Seconda edizione, Roma, Athenaeum, 1928

- Volume II – Obbligazioni ed azioni – Diritto ereditario – Donazioni, Seconda edizione, Roma, Athenaeum, 1928

PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, em *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Band 65, 1947, pp. 121-218

PETIT, EUGÈNE, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, Septième edition, Paris, Arthur Rousseau, Éditeur, 1913

PICKER, EDUARD, *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme*, em *Juristen Zeitung*, Ano 42, N.º 22, 1987, pp. 1041-1058

PIMPÃO, CÉLINE ROSA, *A tutela do trabalhador em matéria de segurança, (higiene) e saúde no trabalho*, Coimbra, Coimbra editora, 2011

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *Direito da Família e das Sucessões*, Volume I – Introdução ao Direito da Família e das Sucessões. Introdução ao Direito da Família. Direito da Filiação e Direito Tutelar, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2007

- *O Direito da Família Contemporâneo. Lições*, 3.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2010

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito comercial internacional. O Direito privado da globalização económica. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do Direito comercial internacional*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – 2005, Lisboa, 2005, pp. 5-291

- *O regulamento comunitário sobre insolvência – Uma introdução*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, III, Lisboa, Dezembro de 2006, pp. 1101-1152

- *Breves considerações sobre a responsabilidade dos consorciados perante terceiros, em AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Volume II – Direito comercial. Direito do Trabalho. Vária, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 165-179*

- *O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução, em Estudos de Direito Internacional Privado, Volume II – Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 401- 471*

- *O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução, em Estudos de Direito Internacional Privado, Volume II – Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 401-471*

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XIV, Coimbra, 1966, pp. 143-252*

- *Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra editora, 1976*

- *Cessão da posição contratual, Coimbra, Almedina, 1982 (reimpressão da edição de 1970)*

- *Teoria Geral do Direito Civil, 4.<sup>a</sup> edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra editora, 2012*

PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, *O Direito das Obrigações em Roma*, Volume I, Lisboa, AAFDL, 1997

- *O Direito das Obrigações em Roma (III parte, continuação)*, em *Revista Jurídica*, N.º 21, Junho, 1997, pp. 85-156

PINTO, MARIA JOSÉ COSTA, *O art. 18.º da Lei n.º 100/99, de 13 de Setembro: uma questão de culpa?*, em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 71, Maio – Agosto, 2005, pp. 105-120

PINTO, MÁRIO, *Direito do Trabalho*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996

PINTO, MÁRIO / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (Dec.-Lei n.º 49408, de 24-XI-69), Lisboa, LEX, 1994

PINTO, PAULO MOTA, *Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, N.º 2, 2000, pp. 197-316

- *Diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Austríaco*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, N.º 3, 2001, pp. 435-450

- *Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 195-218

- *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda. Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português. Exposição de motivos e articulado*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 2002

- *O Anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo*, em AAVV, *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, LUÍS MENEZES LEITÃO (Coordenação), Volume III, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 119-134

- *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 2008

- *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2008

PLANIOL, MARCEL, *Études sur la responsabilité civile*, em *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, LVIII<sup>ème</sup> Année, Nouvelle Série, Tome XXXVIII, 1909, pp. 282-301

PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Da problemática da responsabilidade civil dos bancos decorrente do pagamento de cheques com assinaturas falsificadas*, em *Revista da Banca*, N.º 31, Julho / Setembro 1994, pp. 65-81

PONZANELLI, GIULIO, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bolonha, Società editrice il Mulino, 1992

POTHIER, JOSEPH, *Oeuvres de R.-J. Pothier, contenant les Traités du Droit Français*, Tome Premier, Bruxelles, Chez H. Tarlier, Librairie-Editeur, 1831

- *Traité des Obligations*, Tome Premier, Bruxelles, Langlet et Cie., Librairies, 1835

- *Traité des Obligations*, Tome Second, Bruxelles, Langlet et Cie., Librairies, 1835

PRATA, ANA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual. Regime geral*, Coimbra, Almedina, 1985

- *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, em *Revista da Banca*, N.º 16, Outubro / Dezembro, 1990, pp. 75-180

- *Venda de bens usados no quadro da Directiva 1999/44/CE*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 145-153

PRIETO, F. PANTALEÓN, *Responsabilidad por hecho ajeno*, em *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, Editorial Civitas, 1995

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra, Coimbra editora, 2011

PROTÁSIO, CÉLIA MARIA DE JESUS, *Responsabilidade civil conexa com a criminal*, Lisboa, 2001

QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES, *Constituição Política da República Portuguesa*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 1968

- *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1976

QUINTAS, PAULA, *Manual de Direito da Segurança e Saúde no Trabalho*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2011

RADÉ, CHRISTOPHE, *Droit du Travail et Responsabilité Civile*, Paris, LGDJ, 1997

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Greves de maior prejuízo*, em *Revista Jurídica*, Nova Série, N.º 5, Jan./Mar. 1986, pp. 67-115

- *Sobre os acidentes de trabalho em situação de greve*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, III, Lisboa, Dezembro de 1993, pp. 521-574



- *Lei da Greve Anotada*, Lisboa, LEX, 1994
  
- *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000
  
- *Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho “típica” e o futuro do Direito do Trabalho*, em AAVV, *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 253-266
  
- *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2005
  
- *Aspectos laborais da insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, em AAVV, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 687-705
  
- *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I – Dogmática Geral, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2012
  
- *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2014
  
- RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, *Direitos Reais Relatório*, Lisboa, AAFDL, 2013
  
- RANG, CHRISTIAN, *Die Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht*, Bona, Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi, 1886
  
- RAPOSO, MÁRIO, *Transporte marítimo de mercadorias. Os problemas*, em AAVV, *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo (6 e 7 de Março de 2008). O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 41-76

RATHENAU, ALEXANDER, *O cumprimento e incumprimento das obrigações no direito português – com algumas observações de direito comparado referentes ao direito alemão*, 2006, disponível em

<http://www.rathenau.com/incumprimentocom.pdf>

RATHJEN, PETER, *Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Einschaltung von Vorlieferanten bei der Erfüllung*, em *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 33. Jahrgang, 1979, pp. 446-450

RAWLS, JOHN, *Uma teoria da justiça*, Tradução de Carlos Pinto Correia, Lisboa, Editorial Presença, 1993

REDINHA, MARIA REGINA GOMES, *A relação laboral fragmentada. Estudo sobre o trabalho temporário*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra editora, 1995

REINACH, ADOLF, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milão, Giuffrè Editore, 1990

REIS, VIRIATO GONÇALVES, *A responsabilidade solidária nas contra-ordenações laborais – Nótulas sobre algumas questões*, em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 87, Setembro-Dezembro de 2010, Coimbra, Coimbra editora, pp. 309-320

RESCIGNO, PIETRO, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Settima Edizione, Nápoles, Eugenio Jovene, 1986

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1998)

- *Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e o regime, em AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 745-767*

RIBEIRO, LÉLIA GUIMARÃES CARVALHO, *Responsabilidade dos administradores pelas dívidas laborais da sociedade comercial*, Lisboa, 2005

RIBEIRO, VÍTOR, *Acidentes de trabalho. Reflexões e notas práticas*, Lisboa, Rei dos Livros, 1984

RIPERT, GEORGES, *La règle morale dans les obligations civiles*, Quatrième édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949

ROBAYE, RENÉ, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en Droit Romain*, Bruxelas, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Boulevard du Jardin Botanique, 1987

ROCA SASTRE, RAMÓN M., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1942

ROCHA, MARIA VICTÓRIA R. F. DA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações, em Revista de Direito e de Economia, Ano XV, 1989, pp. 31-103*

ROCHA, M. A. COELHO DA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, Setima edição aperfeiçoada, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1907

- *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo II, Setima edição aperfeiçoada, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1907

ROCHA, FRANCISCO COSTEIRA DA, *O contrato de transporte de mercadorias. Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2000

- *Limitação de responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, em AAVV, *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo* (6 e 7 de Março de 2008). *O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 249-294

RODRIGUES, A. VEIGA, *Acidentes de trabalho. Anotações à Lei n.º 1942*, Coimbra, Coimbra editora, s.d.

ROMANO, GEREMIA, *Interessi del debitore e adempimento*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995

ROPPO, ENZO, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra, Almedina, 1988

ROSSEL, VIRGILE, *Manuel du Droit Fédéral des Obligations. Code Fédéral des Obligations et Lois Spéciales s'y rattachant*, 2ème edition, Lausanne, Payot & Cie. Édicteurs, 1905

ROUXINOL, MILENA SILVA, *A obrigação de segurança e saúde do trabalhador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

RUGGIERO, ROBERTO DE, *Instituições de Direito Civil*, Volume I – Introdução e Parte Geral. Direito das Pessoas, Tradução da 6.<sup>a</sup> edição italiana por Ary dos Santos, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1934

- *Instituições de Direito Civil*, Volume II – Direitos de Família. Direitos Reais e Posse, Tradução da 6.<sup>a</sup> edição italiana por Ary dos Santos, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1936

- *Instituições de Direito Civil*, Volume III – Direito das Obrigações. Direitos Hereditário, Tradução da 6.<sup>a</sup> edição italiana por Ary dos Santos, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1937

SACCO, RODOLFO, *Responsabilità del committente por culpa in contrahendo del commesso*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano XLVI, 1948, Parte Seconda, pp. 1-4

- *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Ano XLIX, 1951, Parte Seconda, pp. 82-91

SAMPER, FRANCISCO, *Instituciones jurídicas de Gayo. Texto y traducción*, Barcelona / Buenos Aires / México D. F. / Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000

SANTA-CRUZ TEIJEIRO, JOSÉ, *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos*, Valência, Editorial Horizontes, s.d.

SANTO, JOÃO ESPÍRITO, *O contrato de empreitada – Alterações ao objecto do contrato e trabalhos extracontratuais*, em *Revista Jurídica*, N.º 21, Junho, 1997, pp. 223-246

- *Código Civil. Anotações aos artigos 1.º a 13.º*, Lisboa, AAFDL, 2011

SANTORO, GUIDO, *La responsabilità contrattuale*, Milão, CEDAM, 1992

SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Responsabilità del fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, em *Il Foro Italiano*, Anno LXII, Vol. LXII, pp. 330-337

SANTOS, JORGE SILVA, *Reflexões e conjecturas em tema de contractus no Direito romano clássico*, Lisboa, 2005

SAVATIER, RENÉ, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, Tome I – Les sources de la responsabilité civile, Deuxième édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951

- *La théorie des obligations en droit privé économique*, Quatrième édition, Paris, Dalloz, 1979

SAVIGNY, M. DE, *Le Droit des Obligations*, Tome Premier, Tradução de C. Gérardin e P. Jozon, Paris, Auguste Durand, Librairie-Éditeur, 1863

- *Le Droit des Obligations*, Tome Second, Tradução de C. Gérardin e P. Jozon, Paris, Auguste Durand, Librairie-Éditeur, 1863

SCHAUB, RENATE, *Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008

SCHERMAIER, MARTIN JOSEF, *Bona fides in Roman Contract Law*, em *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 63-92

- §§ 276-278, em SCHMOECKEL, MATHIAS / JOACHIM RÜCKERT / REINHARD ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007

SCHLOSSMANN, SIEGMUND, *Die Lehre von der Stellvertretung. Insbesondere bei Obligatorischen Verträgen*, Teil 1 – Kritik der herrschenden Lehren, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1970

SCHMIDT, EIKE, *Zur Dogmatik des § 278 BGB. Zugleich einige kritische Bemerkungen zur geplanten Reform des § 831 BGB*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 170. Band, Vol. 170, 1970, pp. 502-533

SCHNEIDER, A. / H. FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, 1er Volume, *Adaptation française de la 4ème édition allemande par Max-E. Porret*, Neuchatel, Delachaux & Nestlé S.A. Éditeurs, 1915

SCHULZ, FRITZ, *Derecho Romano Clásico*, Tradução de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960

SCHWARTZ, GARY T., *Rylands v Fletcher, Negligence, and Strict Liability*, em AAVV, *The Law of Obligations. Essays in celebration of John Fleming*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 209-242

SCIALOJA, ANTONIO, *Studi di Diritto Privato*, Roma, Bernardo Lux Editore, 1906

SCIALOJA, VITTORIO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, Off. Tip. Bodoni di G. Bolognesi, 1912

- *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934

SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Responsabilità per fatto altrui*, em *Novissimo Digesto Italiano*, Volume XV, pp. 691-700

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 34, Janeiro / 1953, pp. 5-214

- *Responsabilidade do devedor pelos fatos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 72, Janeiro / 1958, pp. 259-305

- *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 85, Abril / 1959, pp. 115-242

- *Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 85, Abril / 1959, pp. 381-445

- *União de contratos. Contratos mistos*, em *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* N.º 91, Lisboa, 1960

- *Anotação ao Acórdão de 26 de Julho de 1968*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 102.º, N.º 3400, pp. 298-304

- *Anotação ao Acórdão de 26 de Julho de 1968*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 102.º, N.º 3401, pp. 309-319

- *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3605, pp. 308-320

- *Anotação ao Acórdão de 19 de Outubro de 1975*, em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 110.º, N.º 3606, pp. 322-323



- *A limitação convencional da responsabilidade civil*, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 281, Dezembro / 1978, pp. 5-34

SERRA, CATARINA, *O novo regime português da insolvência. Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2010

SEVERINI, FELICE, *Receptum nautarum*, em AAVV, *Nuovo Digesto Italiano*, MARIANO D'AMELIO (Org.), Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1939, pp. 2-3

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA, *Algumas notas sobre a reforma do BGB no âmbito da responsabilidade pré-contratual: o § 311*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 869-906

SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA, *Segurança e saúde no trabalho – A responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 907-943

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990

- *Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999

- *Venda de bens de consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio). Directiva 1999/44/CE. Comentário*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2010

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *A greve e os acidentes de trabalho*, Lisboa, AAFDL, 1998

- *Sujeitos Colectivos, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra, Coimbra editora, 2003, pp. 899-990

- *Estudos de Direito do Trabalho (Código do Trabalho)*, Volume I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2008

- *Da eficácia da convenção colectiva*, Volume II, Lisboa, 2012

SILVA, MANUEL GOMES DA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Volume I, Lisboa, s.n., 1944

SILVA, VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão da edição de 1995)

- “*É sempre a mesma cantiga*”. *O contencioso da responsabilidade civil pública*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra, Coimbra editora, 2010, pp. 1205-1229

- “*Todos diferentes, todos iguais*”. *Breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais*, em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 553-583

SIMONCELLI, VINCENZO, *Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*, em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Volume XIV, Fascicolo I, pp.3-62

SMORTO, GUIDO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civil. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, pp. 423-448, artigo disponível em:

<http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.dirittocomparato.unipa.it%2Fsystem%2Ffiles%2Ffile%2Fcriterio%2520imputazione%252008.pdf&ei=dL0-UuPdM8HmswaxhYCgCw&usg=AFQjCNE2oGZpUinntGUttHSNBd98dGodzA&sig2=ID8BXM8qA1H9WtXTWqKag&bvm=bv.52434380,d.Yms>

SMURAGLIA, CARLO, *Gli effetti dello sciopero e della serrata sulle obbligazioni dell'imprenditore verso i terzi*, em *Rivista di Diritto del Lavoro*, Anno XXI, 1969, pp. 493-582

SOAREC, ALEXANDRE, *La responsabilité contractuelle pour autrui*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932

SOHM, RODOLFO, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, 17.<sup>a</sup> edición, Tradução de W. Roces, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928

SOUSA, BRUNO NEVES DE, *O problema da admissibilidade das cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade civil em face do artigo 809.º do Código Civil*, em *Revista O Direito*, Ano 141.º, 2009, II, pp. 377-410

SOUSA, MARCELO REBELO DE, *Responsabilidade pré-contratual – Vertentes privatística e publicística*, em *Revista O Direito*, Ano 125.º, 1993, III-IV, Julho-Dezembro, pp. 383-416

- *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 145-185

- *Direito Constitucional*, Lisboa, LEX, 1999

SOUSA, MARCELO REBELO DE / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I – Introdução e princípios fundamentais, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2006

SOUSA, MARCELO REBELO DE / SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.<sup>a</sup> edição, Lisboa, LEX, 2000

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, Almedina, 1988

- *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, em *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 121-144

- *Estudos sobre o novo Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, LEX, 1997

- *O cumprimento defeituoso e a venda de coisas defeituosas*, em AAVV, *AB VNO AD OMNES. 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Organização de Antunes Varela / Diogo Freitas do Amaral / Jorge Miranda / J. J. Gomes Canotilho, Coimbra, Coimbra editora, 1998, pp. 567-585

- *Introdução ao Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa, LEX, 2000

- *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012

SOUSA, SOFIA SILVA E, *Obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012

SOUZA, MARNOCO E, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, França Amado, Editor, sem data

SPIRO, KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berna, Verlag Stämpfli, 1984

STEHLLING, HANS, *Beiträge zur Lehre des § 278 B.G.B.*, Quakenbrück, 1931

STEIN, PETER (rev.), *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, University Press, 1963

STOLL, HANS, *Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlim, Walter de Gruyter & Co., 1961

SUNDERMANN, WERNER, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 191, 1991, pp. 462-470

TALAMANCA, MARIO, *Custodia (dir. rom.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Cosa – Delib, Milão, Giuffrè Editore, 1962, pp. 561-564

- *Obbligazioni (dir. rom.)*, em *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Obbligazioni – Omicidio, Milão, Giuffrè Editore, 1979, pp. 1-78

TAVARES, JOSÉ, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, Volume II – Pessoas, cousas, fatos jurídicos, Coimbra, Coimbra editora, 1928

- *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, Volume I – Primeira Parte. Teoria geral do Direito civil, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 1929

TELLES, J. H. CORRÊA, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Cíveis accommodado ás Leis e Costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao «Novo Codigo Civil»*, Tomo I, Nova Edição Revista, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1909

- *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Cíveis relativos ás pessoas de uma familia portugueza; para servir de subsidio ao «Novo Codigo Civil»*, Tomo II, Nova Edição Revista, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1909

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Contratos Cíveis*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume X, 1954, pp. 161-248

- *Manual de Direito das Obrigações*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 1965

- *Direito das Obrigações*, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 1997

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume II, 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2000

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra editora, 2001

- *Responsabilidade civil dos árbitros*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume LII, N.ºs 1 e 2, Coimbra, Coimbra editora, 2011, pp. 7-27

TITZE, HEINRICH, *Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse*, Vierte Erweiterte Auflage, Berlim, Verlag von Julius Springer, 1932

TOBÍO RIVAS, ANA MARÍA, *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Granada, Editorial Comares, 2007

TORRENTE, ANDREA / VITTORIO SALANDRA, *Commentario del Codice Civile*, Libro Quarto – Delle Obbligazioni, Art. 1861-1932, terza edizione, Bolonha / Roma, Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1966

TORRES, ANTÓNIO MARIA M. PINHEIRO, *Breve história das instituições e a formação do Direito português*, s.l., Abdul's Angels, 2011

TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por fato de terceiro*, Coimbra, Coimbra editora, 2009

TRIMARCHI, PIETRO, *La responsabilità per il fatto dei dipendenti*, em *Rivista di Diritto Civile*, Anno V, 1959, Parte Prima, pp. 604-679

TROPLONG, M., *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis y compris le titre de la vente. Du Mandat. Commentaire du Titre XIII du Livre III du Code Civil*, Tome Seizième, Paris, Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1846

VAN DEN BERGH, G. C. J. J., *Custodia and furtum pignoris*, em *Studi in Onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milão, Giuffrè Editore, 1982, pp. 603-614

VARELA, ANTUNES, *Noções fundamentais de Direito Civil*, Volume I, Coimbra, Coimbra editora, 1945

- *Rasgos inovadores do Código Civil Português de 1966*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume 48, pp. 77-106

- *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2008

- *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 7.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2013

VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Greves típicas e atípicas. Estudo sobre a greve e o método tipológico*, Lisboa, 1996

- *A Autorização*, Coimbra, Coimbra editora, 2012

- *A procuração irrevogável*, Coimbra, Almedina, 2012 (reimpressão da edição de 2002)

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2010

- *Direito Comercial*, I Volume – Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito, Coimbra, Almedina, 2011

- *Responsabilidade civil do administrador de insolvência*, em *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coordenação de Catarina Serra, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 189-206

VENEZIAN, GIACOMO, *Opere Giuridiche di Giacomo Venezian*, Volume Primo – Studi sulle obbligazioni, Roma, Athenaeum, 1919

VENTURA, RAUL / LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. Estudo comparativo dos Direitos alemão, francês, italiano e português. Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49381 de 15 de Novembro de 1969*, Lisboa, Livraria Petrony, 1970



VENTURA, RAÚL JORGE RODRIGUES, *Teoria da relação jurídica de trabalho*, I, Porto, Imprensa Portuguesa, 1944

- *A greve no Direito positivo português*, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. VI, 1949, pp. 241-258

- *Direito Romano. Obrigações*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1952

- *Responsabilidade directa, para com credores sociais, de sócios de sociedades por quotas*, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VII, Tomo 2, pp. 19-26

- *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades por anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. Estudo comparativo dos Direitos alemão, francês, italiano e português*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, N.ºs 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970

- *O contrato de compra e venda no Código Civil*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Lisboa, Dezembro de 1983, pp. 587-643

- *Lições de Direito do Trabalho*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, pp. 551-668

VEZIAN, JACK, *La responsabilité du banquier en Droit Privé Français*, Troisième édition, Paris, LITEC, 1983

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001

- *Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, em *Revista Themis*, Ano 2, N.º 4, 2001, pp. 121-144

- *Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume I – Direito Privado e Vária, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 47-73

- *A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação*, em AAVV, *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 271-288

- *A Convenção de Montreal sobre o transporte aéreo internacional*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, pp. 197-224

- *Culpa na formação dos contratos*, em AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Lisboa, Coimbra editora, 2007, pp. 265-284

- *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*, em AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume III – Direito Privado, Direito Público e Vária, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 99-116

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra editora, 2008

- *Direito do Notariado*, em *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume II, Coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 135-254

VILAS, RAMON LOPEZ, *El Subcontrato*, Madrid, Editorial Tecnos, 1973

VISINTINI, GIOVANNA, *La Responsabilità Contrattuale per fatto degli ausiliari*, Milão, Padova, 1965

- *La Reticenza nella formazione dei contratti*, Pádua, Cedam, 1972

- *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Milão, CEDAM, 1996

VON ADAMEK, MARCELO VIEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades no Direito Brasileiro, em Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 89-157

VON THUR, ANDREAS, *Derecho Civil. Teoria General del Derecho Civil Aleman*, Volumen III – Los hechos jurídicos. El negocio jurídico (cont.). La ilicitude – El tiempo. Ejercicio y proteccion de los derechos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948

WEIMAR, WILH., *Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?*, em *Deutsche Richterzeitung*, em *Juristische Rundschau*, 1985, pp. 95-96

WESTERMANN, HARRY, *Haftung für fremdes Handeln*, em *Juristische Schulung*, Dezember 1961, Heft 12, pp. 382-387

WICKE, HARTMUT, *Respondeat Superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römischen-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Berlim, Duncker & Humblot, 2000

WIEACKER, FRANZ, *História do Direito Privado Moderno*, 2.<sup>a</sup> edição, Tradução de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

WILBURG, MAX, *Haftung für Gehilfen*, Viena e Leipzig, Verlag von Moritz Perles, 1931

WILLIAMS, GLANVILLE / B. A. HEPPLER, *Foundations of the Law of Tort*, Second edition, Londres, Butterworths, 1984

WOLF, MANFRED, *Schuldnerhaftung bei Automatenversagen*, em *Juristische Schulung*, 1989, Heft 11, pp. 899-900

- *Sachenrecht*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2007

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Direito da Greve*, Lisboa, Editorial Verbo, 1983

- *Procedimentos laborais na empresa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009

- *Nota sobre a responsabilidade do empregador pelos actos dos trabalhadores*, em RDES, Ano LI, XXIV da 2.<sup>a</sup> Série, N.ºs 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010, pp. 9-41

- *Manual de Direito do Trabalho*, 2.<sup>a</sup> edição, Com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida, Lisboa, Verbo, 2014

ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer, Kluwer, 1990

- *Roman law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*, Oxford, Oxford University Press, 2001

ZUNFT, FRITZ, *Erfüllungsgehilfen und vertrag zugunsten Dritten im Mietrecht*, em *Archiv für die Civilistische Praxis*, 153 Band, 1954, pp. 373-391

## JURISPRUDÊNCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 153/90 (Processo n.º 340/87), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900153.html>

Acórdão n.º 236/2004 de 13.04.2004, Relator Juiz Conselheiro Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040236.html>

Acórdão n.º 620/04 de 20.10.2004, Relator Juiz Conselheiro Gil Galvão, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Acórdão n.º 683/06 (Processo n.º 655/03), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060683.html>

Acórdão n.º 201/2014 (Processo n.º 70/2012, publicado no Diário da República, II Série, N.º 68, de 7 de abril de 2014, pp. 9455-9463)

### SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 04.11.1924, em *Revista O Direito*, N.ºs 3 e 4, Ano 57.º, 1925, pp. 49-51

Acórdão de 20 de fevereiro de 1963 (Processo n.º 058254, Relator Arlindo Martins, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 04.07.1973, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 229, Outubro de 1973, pp. 231-232

Acórdão de 25.10.1979, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 290, Novembro de 1979, pp. 429-433

Acórdão de 26.11.1980, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 301, Dezembro de 1980, pp. 404-408

Acórdão de 17.06.1982, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 318, Julho de 1982, pp. 437-446

Acórdão de 06.05.1986, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 357, 1986, pp. 392-395

Acórdão de 18.03.1993, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 415, Abril / 1992, pp. 406-411

Acórdão de 26.05.1994, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, Tomo II, pp. 269-271

Acórdão de 03.05.1995, em *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 447, Junho / 1995, pp. 431-440

Acórdão de 10.07.1996, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1996, Tomo II, pp. 288-290

Acórdão do STJ de 4.12.1996, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1996, Tomo III, p. 260

Acórdão do STJ de 23.4.1997, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo II, pp. 268 e seguintes

Acórdão de 17.12.1997, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo III, pp. 302 e seguintes

Acórdão de 09.02.1999, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, Tomo I, pp. 84-86

Acórdão de 23.04.1997, em *Colectânea de Jurisprudência*, 2001, Tomo III, pp. 27-30

Acórdão de 17.12.1997, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo III, pp. 302-305

Acórdão de 11.03.1999 (Processo n.º 98A797, Relator Machado Soares, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 12.07.2001, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo II, pp. 268 a 270

Acórdão de 12.06.2003 (Processo n.º 03B1813, Relator Salvador da Costa, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 09.12.2004 (Processo n.º 05B1424, Relator Oliveira Barros, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 06.07.2004, em *Colectânea de Jurisprudência*, 2004, Tomo II, p. 289

Acórdão de 22.06.2005 (Processo n.º 05S780, Relator Sousa Peixoto, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 31.01.2007 (Processo n.º 06B4762, Relator Custódio Montes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 28.03.2007 (Processo n.º 06S3957, Relator Pinto Hespanhol, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/79694b75d2b27a38802572ad0030047b?OpenDocument>)

Acórdão de 18.09.2007 (Processo n.º 07A2334, Relator Alves Velho, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 04.03.2008 (Processo n.º 08A183, Relator Fonseca Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 03.02.2010 (Processo n.º 162/2001.L1.S1, Relator Mário Pereira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 16.12.2010 (Processo n.º 1212/06.9TBCHV.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 13.04.2011 (Processo n.º 642/04.5TBSEI.C2.S1, Relator Alves Velho, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 19.04.2012 (Processo n.º 2455/06.0TBSTS.P1.S1, Relator Oliveira Vasconcelos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 20.03.2012 (Processo n.º 1903/06.4TVLSB.L1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 29.03.2012 (Processo n.º 289/09.0TTSTB.E1.S1, Relator Sampaio Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 20.06.2012 (Processo n.º 279/07.7TTBJA.E1.S1, Relator Sampaio Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))



Acórdão de 27.09.2012 (Processo n.º 3729/04.0TVLSB.L1.S1, Relator Bettencourt de Faria, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 15.11.2012 (Processo n.º 335/07.1TTLSR.L1.S1, Relator Pinto Hespanhol, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 28.11.2012 (Processo n.º 43/08.6TTVRL.1.P1.S1, Relator António Leones Dantas, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 08.01.2013 (Processo n.º 507/07.9TTVC.T.P1.S1, Relator Fernandes da Silva, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 06.02.2013 (Processo n.º 289/09.0TTSTB.A.S1, Relator Leones Dantas, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 19.06.2013 (Processo n.º 1294/04.8TTLRA.C1.S1, Relator Gonçalves Rocha, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 19.06.2013 (Processo n.º 3529/04.8TTLSB.L2.S1, Relatora Maria Clara Sottomayor, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 20.02.2014 (Processo n.º 10737/08.0TBVNG.P1.S2, Relator João Trindade, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 08.01.2014 (Processo n.º 331/04.0TAFIG-B.C1-A.S1, Relator Eduardo Maia Costa, publicado no *Diário da República*, 1.ª Série, N.º 124, 1 de julho de 2014, pp. 3577-3584)

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO**

Acórdão de 11.05.1978, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano III, 2.º Volume, 1978, pp. 841-842

Acórdão de 18.04.1996, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXI, Tomo II, 1996, pp. 220-225

Acórdão de 24.04.2008 (Processo n.º 0736538, Relator Carlos Portela, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 08.06.2009 (Processo n.º 2016/05.1TVPRT.P1, Relatora Maria Adelaide Domingos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 13.10.2009 (Processo n.º 0825935, Relator João Proença, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 20.10.2011 (Processo n.º 2015/07.9TBMST.P1, Relator Filipe Carço, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 17.01.2012 (Processo n.º 4455/09.0TBMST.P1, Relator Rodrigues Pires, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 28.03.2012 (Processo n.º 10737/08.0TBVNG.P1, Relatora Anabela Dias da Silva, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 11.07.2012 (Processo n.º 3306/08.7TBGDM.P1, Relator Rui Moura, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 15.10.2013 (Processo n.º 4222/09.0TBVNG.P1, Relator Fernando Samões, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acórdão de 11.05.1982, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VII, Tomo 3 - 1982, pp. 90-92

Acórdão de 26.02.1987, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1987, Tomo I, pp. 147-150

Acórdão de 15.11.2007 (Relator Jorge Leal)

Acórdão de 24.06.2008 (Processo n.º 2006/2008-7, Relatora Maria do Rosário Morgado, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 18.05.2010 (Processo n.º 4215/07.2TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 19.12.2012 (Processo n.º 686/10.8TTLS.L1-4, Relator Jerónimo Freitas, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 12.03.2013 (Processo n.º 2577/10.3TBVFX.L1-1, Relator Rui Vouga, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 30.05.2013 (Processo n.º 4354/07.0TBGDM.P1, Relator José Manuel Araújo Barros, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 20.06.2013 (Processo n.º 1986/06.7TVLSB.L1-6, Relatora Fátima Galante, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 29.10.2013 (Processo n.º 8476/03.8TBCSC.L1-1, Relator Pedro Brighton, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Acórdão de 10.03.1994, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, Tomo II, pp. 55-58

Acórdão de 23.10.1997, em *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, Tomo IV, pp. 73-74

Acórdão de 10.02.2009 (Processo n.º 510/06.6TBSEI.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 28.09.2010 (Processo n.º 306/04.0TBSEI.C1, Relator Gonçalves Ferreira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 06.10.2009 (Processo n.º 642/04.5TBSEI.C2, Relator Falcão de Magalhães, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 25.09.2012 (Processo n.º 534/08.9TBAGD.C1, Relator Carvalho Martins, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão de 25.02.2014 (Processo n.º 1325/10.2TBPMS.C1, Relator Jorge Arcanjo, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Acórdão de 04.10.2005, em *Colectânea de Jurisprudência*, 2005, Tomo IV, pp. 287-291

Acórdão de 26.01.2006 (Processo n.º 2292/05-3, Relator Gaito das Neves, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

## OUTROS

Sentença do 15.º Juízo Cível de Lisboa, de 09.03.1981, em *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VI, Tomo 2 – 1981, pp. 284-287

Sentença do Tribunal do Trabalho das Caldas da Rainha, de 29.11.2005, disponível em *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 71, Maio – Agosto, 2005, pp. 157-167

## **JURISPRUDÊNCIA ITALIANA**

### **CORTE COSTITUZIONALE**

Sentenza 9 marzo 1967, em *Il Foro Italiano*, Volume XC, Ano 1967, pp. 684-691

### **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

Sezione I civile, sentenza 31 marzo 1937, em *Il Foro Italiano*, Volume LXII, Anno 1937, pp. 1101-1102

Sezione III civile, sentenza 28 giugno 1946, em *Il Foro Italiano*, Volume LXX, Anno 1947, pp. 381-387

Sezione III civile, sentenza 12 luglio 1963, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Anno 1966, pp. 315-316

Cassazione Civile, III Sezione, 19 ottobre 1963, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXVII, Ano 1964, pp. 569-574

Cassazione Civile, III Sezione, 30 novembre 1963, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXVII, Ano 1964, pp. 524-534

Cassazione Civile, III Sezione, 12 luglio 1965, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIX, Ano 1966, pp. 345-346

Cass. App. Roma 24 agosto 1966, em *Il Foro Italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1792-1798

Corte di Cassazione, Sezione 3<sup>a</sup> Civile, 7 ottobre 1967, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, VIII Serie, Anno XLI, N. 3, Maggio – Giugno 1968, pp. 223-228

Corte Suprema di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 16 maggio 1968, em *Il foro italiano*, Volume XCI, Anno 1968, pp. 1792-1798

Corte di Cassazione, Sezione 3<sup>a</sup> Civile, 24 gennaio 1973, em *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Torino, Anno XLIII, 1973, p. 73

Corte di Cassazione, Sezione 1<sup>a</sup> Civile, 24 settembre 1977, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, VIII Serie, Anno LII, N. 5, Settembre – Ottobre 1979, pp. 569-575

Corte di Cassazione, Sezione 3<sup>a</sup> Civile, 24 novembre 1979, em *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Torino, Anno XLIX, 1979, p. 1530-1531

Cassazione Civile, III Sezione, 24 maggio 1988, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIII, Ano 1960, pp. 99-102

#### **TRIBUNALE DI MILANO**

16 giugno 1980, em *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Anno XLVI, 1983, Parte Seconda, pp. 382-385

#### **TRIBUNALE DI AREZZO**

16 marzo 1960, em *Il Foro Italiano*, Volume LXXXIII, Ano 1960, pp. 858-863

## JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA

### STE

Sentença de 10.05.1984, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 22.06.1989, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 01.03.1990, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 22.02.1991, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 03.07.1998, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 08.05.1999, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 09.10.2000, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 09.07.2001, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 10.10.2007, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>



Sentença de 01.10.2008, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3192362&links=1903&optimize=20081023&publicinterface=true>

Sentença de 06.02.2009, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença de 14.05.2010, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

Sentença do STE de 23.06.2010, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5697692&links=1903&optimize=20100812&publicinterface=true>

Sentença de 02.12.2012, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

## JURISPRUDÊNCIA INGLESA

Century Insurance V. Northern Ireland Road Transport Board (1942), disponível em

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/CommercialLawReports/Century%20Insurance%20v%20NIRTB%201942.pdf>

Court of Appeal Maga V. Trustees of the Birmingham Archdiocese, disponível em <http://www.kennedys-law.com/casereview/vicariousliabilityabuse/>

Heasmans v. Clarity Cleaning 1987, sumário disponível em <http://swarb.co.uk/heasmans-v-clarity-cleaning-co-ca-1987/>

Mattis v. Pollock, sumário disponível em

<http://swarb.co.uk/mattis-v-pollock-ta-flamingos-nightclub-qbd-24-oct-2002/>

## JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

BGH 04.11.1953, disponível em

[https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1953-11-04/VI-ZR-64\\_52](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1953-11-04/VI-ZR-64_52)

BGH 31.01.1962, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, Heft 27, pp. 1196-1199

BGH 10.06.1964, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, Heft 43, p. 2009

BGH 12.07.1977, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, Heft 49, pp. 2259-2261

BGH 22.09.1987, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, Heft 12, pp. 763-765

OLG Düsseldorf 17.09.1973, em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, Heft 16, pp. 704-705

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão de 19.11.1991, Processos apensos C-6/90 e C-9/90, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97140&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=144198>

Acórdão de 9.11.1995 (Acórdão Francovich), Processo C-479/93, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20319>

Acórdão de 05.03.1996, Processos apensos C-46/93 e C-48/93, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=81389&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=144564>

Acórdão de 12.03.2002, Processo C-168/00, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47162&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=42031>

Acórdão de 16.06.2011, Processos apensos C-65/09 e C-87/07, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85085&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156194>

Acórdão de 13.05.2014, Processo C-131/12, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5b3343edf0d274be89408d0222123159c.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNc390?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=103442>

## ÍNDICE

### Conteúdo

RESUMO .....	5
ABSTRACT .....	7
PALAVRAS CHAVE.....	9
ABREVIATURAS.....	11
PLANO.....	13
INTRODUÇÃO .....	21
I - APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA.	
ENQUADRAMENTO NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	47
A - EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	47
Introdução .....	47
Direito romano.....	55
Época arcaica ou pré-clássica.....	60
Época clássica.....	72
Época pós-clássica .....	105
Época justiniana.....	108
DIREITO INTERMÉDIO .....	147
Legislação visigótica .....	147
Escola dos glosadores .....	150
Escola dos pós-glosadores.....	153
Evolução subsequente .....	155
JUSRACIONALISMO.....	157
CODIFICAÇÃO .....	163
A PANDECTÍSTICA E A SUA INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE	
OBJETIVA DO DEVEDOR POR FATO DE OUTREM .....	169
EM ESPECIAL: A EVOLUÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS .....	171
PRÉ-CODIFICAÇÃO .....	171
ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL .....	177
CÓDIGO DE SEABRA DE 1867 .....	183

DIREITO COMPARADO .....	221
INTRODUÇÃO .....	221
DIREITO ALEMÃO .....	223
Introdução .....	223
Traços gerais: o BGB .....	224
O § 31 BGB.....	226
O § 831 BGB.....	230
O regime de incumprimento da obrigação e o § 278 BGB.....	248
§ 85 do ZPO .....	330
Lei da Responsabilidade .....	331
Direito comercial alemão.....	333
DIREITO AUSTRIACO .....	335
DIREITO ITALIANO.....	341
A Constituição Italiana .....	341
O artigo 1153.º do <i>Codice</i> de 1865 .....	342
Os artigos 1228.º e 1229.º do <i>Codice Civile</i> de 1942 .....	350
Os artigos 2047.º a 2049.º do <i>Codice</i> de 1942 .....	370
O <i>Codice della Navigazione</i> .....	387
DIREITO SUÍÇO .....	391
Generalidades .....	391
O artigo 101.º do Código das Obrigações Suíço.....	395
DIREITO FRANCÊS .....	399
Direito antigo .....	399
O artigo 1384.º do <i>Code Civil</i> .....	401
A responsabilidade por fato de outrem no âmbito obrigacional .....	408
Código Comercial Francês .....	424
DIREITO ESPANHOL.....	427
Generalidades .....	427
Responsabilidade delitual.....	428
Responsabilidade obrigacional .....	443
DIREITO ANGLO-SAXÓNICO .....	453

Generalidades .....	453
Responsabilidade extracontratual.....	454
Responsabilidade obrigacional .....	466
II – O ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL DO DEVEDOR	
POR FATO DE OUTREM NO DIREITO PORTUGUÊS .....	475
A – CARACTERIZAÇÃO .....	475
Configuração do regime.....	475
Delimitação negativa .....	477
Impossibilidade da prestação por fato não imputável ao devedor.....	477
O caso da greve .....	482
Enquadramento no Direito europeu .....	494
Assunção, pelo devedor, da responsabilidade pelo fato de outrem .....	499
Recurso ilícito à ação de terceiros.....	500
Responsabilidade da pessoa coletiva por atos dos seus órgãos .....	504
Responsabilidade do devedor por culpa <i>in eligendo</i> , por culpa <i>in instruendo</i> e por culpa <i>in vigilando</i> .....	521
Atuação lícita de terceiros no âmbito de uma obrigação fungível .....	533
Danos decorrentes de máquinas ou coisas sob o controlo do devedor ..	537
Incumprimento da regra contratual relativa à escolha do auxiliar .....	546
Promessa de fato de terceiro .....	547
Convenção de assunção de responsabilidade por fatos não culposos do auxiliar.....	547
Responsabilidade do produtor .....	548
Terceiro por indicação ou no interesse do credor .....	560
Pluralidade de devedores.....	562
Contrato a favor de terceiro .....	565
Determinação da prestação por terceiro .....	566
Realização da prestação a terceiro.....	566
Indemnização devida a terceiros.....	567
Responsabilidade del credere .....	568
Sub-rogação .....	570

Consequências da mora do devedor.....	571
Substituição (jurídica) do devedor .....	574
Contratos que proporcionam o gozo de uma coisa alheia .....	575
Resolução do contrato de locação com fundamento em justa causa objetiva .....	581
Regime de responsabilidade do comodatário .....	584
Transmissão do direito de usufruto.....	585
Responsabilidade do Estado .....	587
Imputação delitual pelo risco.....	607
Outros casos .....	609
<b>B - ANÁLISE DO ARTIGO 800.º DO CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>613</b>
Introdução .....	613
Primeiro pressuposto: existência de uma obrigação, independentemente da respetiva fonte.....	617
Terceiros por cujos atos o devedor responde.....	621
Conceito de representante legal .....	621
Generalidades.....	621
Direito atual .....	626
Conceito de auxiliar.....	643
Requisitos .....	643
Delimitação face aos substitutos do devedor?.....	673
Desnecessidade de uma relação de dependência.....	703
Irrelevância da possibilidade de escolha, de instrução e de controlo .	707
Casos concretos: auxiliares e não auxiliares.....	713
Responsabilidade do devedor pelos atos do auxiliar do auxiliar .....	771
Terceiros expressamente previstos na lei.....	775
Atos praticados no cumprimento da obrigação.....	793
O fato ilícito: violação de qualquer dever obrigacional .....	793
Atos praticados por ocasião do cumprimento da obrigação; diferenciação face à inobservância de instruções do devedor e atos dolosos .....	805
Fato imputável ao representante legal ou ao auxiliar? .....	837



O devedor responde <i>como se tais atos fossem praticados</i> pelo próprio devedor .....	847
Culpa do lesado .....	849
Cláusulas de exclusão da responsabilidade do devedor .....	853
C -REGIME OBRIGACIONAL E REGIME EXTRA-OBRIGACIONAL DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO .....	873
A bipolarização da responsabilidade por fato de outrem no Código Civil de 1966? Análise comparativa face ao regime jurídico instituído pelo artigo 500.º .....	873
Tentativa de resolução .....	935
Pontos de aproximação. O problema da culpa <i>in contrahendo</i> .....	945
D - FUNDAMENTAÇÃO .....	963
Teorias em torno da responsabilidade objetiva do devedor por fato de terceiro .....	963
Construção da fundamentação.....	984
A génese da responsabilidade objetiva .....	984
O sistema assente na prova da culpa do agente. A atuação culposa como fundamento regra de imputação nos Direitos Continentais .....	988
O sistema assente na imputação ao agente baseada em fatores de ordem objetiva .....	991
A responsabilidade por fato de terceiro: opção e/ou cumulação entre um sistema de responsabilidade subjetiva e um sistema de responsabilidade objetiva .....	997
Análise da técnica legal: responsabilidade objetiva ou responsabilidade por ficção legal? .....	1002
EM ESPECIAL: RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR .....	1013
Introdução .....	1013
Prevenção de acidentes de trabalho .....	1015
Generalidades .....	1015
Os acidentes de trabalho .....	1031
Primeira aproximação ao tema; evolução legislativa.....	1031

Enquadramento jurídico atual.....	1045
Pessoas por cuja atuação o empregador responde .....	1073
Acidente provocado pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra.....	1089
Acidente resultante da falta de observação, pelo empregador, pelo seu representante, por entidade por aquele contratada ou por empresa utilizadora de mão-de-obra, de regras sobre segurança e saúde no trabalho .....	1091
Natureza jurídica .....	1096
Outros casos de responsabilidade .....	1099
CONCLUSÕES.....	1101
BIBLIOGRAFIA .....	1199
ÍNDICE.....	1301